الوجيز

في شرح

القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

مؤسسة الرسالة

الوجيز

في شرح

القواعد الفقهية

في الشريعة الإسلامية

الوجيز

في شرح
القواعد الفقهيّة
في الشّريعة الإسلاميّة

تأليف
الدكتور عبد الكريم زيدان

الرسالة العالمية

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فهذه مذكرات موجزة في شرح بعض القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية كتبتها على عجل لتكون عوناً للطلاب في دراستهم، موضوع القواعد الفقهية، آملاً أن أعود إلى هذا الموضوع لأكتب فيه بتوسع وشمول إن شاء الله تعالى.

والله تعالى أسأل أن ينفع بهذه المذكرات من يطلع عليها، وأن يثيبني عليها وهو خير مسؤول وأن يوفقني دائماً إلى خدمة شريعته.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

المؤلف

الدكتور عبد الكريم زيدان

صنعـــاء

في ٢٠/صفر/١٤١٨هـ، ٢٣/٦/١٩٩٧م

المقدمة

١ ـ تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً:

القاعدة في اللغة تعني الأساس، وفي اصطلاح الفقهاء حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها، لتعرف أحكامها منه[١]

وفي الفقه الإسلامي جملة كبيرة من هذه القاعدة التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطاً وجامعاً لمسائل فقهية كثيرة[٢]

٢ ـ الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

والفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي: أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد[٣]

٣ ـ من أمثلة الضابط الفقهي:

أخرج الإمام الترمذي في جامعه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «أيما إهاب دُبغ فقد طهر» والإهاب هو الجلد ما لم يدبغ، والدباغ عبارة عن إزالة الرائحة الكريهة والرطوبات النجسة باستعمال الأدوية أو بغيرها، وعن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ (فقد طهر) أي طهر ظاهره وباطنه[٤]

٤ ـ من أمثلة القاعدة الفقهية (اليقين لا يزول بالشك):

ومن القواعد الفقهية قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) فهذه القاعدة تنطبق

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرحها للحموي ص٢٢.

(٢) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية، للأستاذ الكبير علي حيدر أفندي، ج١، ص١٥.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية، للأستاذ سليم رستم باز ص٢.

(٤) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للشيخ العلامة أبي المعالي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري، ج٥، ص٣٩٩ ـ ٤٠٠.

على كل مسألة فيها شيء متيقن إذا طرأ عليه شك مهما كان موضوع هذه المسألة، والباب الفقهي الذي تنتمي إليه، وعلى هذا فإن حكمها يسري على فروع كثيرة من أبواب مختلفة في الفقه الإسلامي، فكل ما تيقن وجوده أو عدمه فلا يتغير حاله، هذا من اليقين وجوداً أو عدماً، بطروء الشك عليه وإنما يتغير حاله بيقين مثله. **ومن تطبيقات هذه القاعدة:**

من تيقنا ثبوت الدين بذمته لا يزول هذا اليقين إلا بثبوت إبراء الدائن له أو بأداء الدين على وجه اليقين، ومن ثبت نكاحه يقيناً لا يزول هذا النكاح إلا إذا طرأ عليه ما يزيله على وجه اليقين، فلا يكفي للقول بزواله لمجرد طروء الشك في بقائه.

٥ ـ السنة النبوية والقواعد والضوابط الفقهية:

هذا وقد جاء في السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة، يعتبر كل حديث منها قاعدة فقهية، بل قاعدة تشريعية لما يتضمنه من حكم عام يسري على جميع ما يندرج تحت هذه القاعدة من جزئيات أو فروع، كقوله ﷺ: «كل شراب أسكر فهو حرام» وقوله ﷺ: «كل مسكر حرام» فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن عائشة ﵂ قالت: سئل رسول الله ﷺ عن البتع فقال: «كل شراب أسكر فهو حرام» قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: البتع هو نبيذ العسل، وهو من جوامع كلمه ﷺ، وفيه أنه يستحب للمفتي إذا رأى بالسائل حاجة إلى غير ما سأل عنه أن يضمنه في الجواب إلى المسؤول عنه[(١)]

وأخرج الإمام مسلم في صحيحه أيضاً عن أبي موسى، قال بعثني رسول الله ﷺ، أنا ومعاذ بن جبل إلى اليمن فقلت يا رسول الله إن شراباً يصنع بأرضنا يقال له المزرُ من الشعير، وشراب يقال له البِتع من العسل فقال ﷺ: «كل مسكر حرام»[(٢)] وأخرج الإمام مسلم في صحيحه أيضاً عن ابن عمر ﵄ أن النبي ﷺ قال: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام»[(٣)] وعلى هذا وفي ضوء هذه الأحاديث الشريفة فإن (الخمر) يطلق في الاصطلاح على كل مسكر، فكل

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٣، ص١٦٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٣، ص١٦٩.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٣، ص١٦٩.

مسكر خمر وكل خمر حرام، وهكذا فهم فقهاء الحديث وشراحه، لأن الخمر يطلق على كل مسكر، فكل مسكر خمر حرام تناوله، بغض النظر عن كيفية صنعه واستخراجه، وسواء أسكر الكثير منه دون القليل أو أسكر قليله وسواء سمي المسكر خمراً أو لم يُسم، كالمسكرات الحديثة فإنها تعتبر خمراً ما دامت مسكرة، لأن العبرة بحقائق الأشياء وليس بأسمائها.

٦ ـ وفي صحيح مسلم:

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وجاء في شرحه: وفي رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح، عن النبي ﷺ بلفظ: «ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» قال النووي: وهذا الحديث قاعدة كبيرة في قواعد الشرع[١] وعلى هذا فيسري حكم هذه القاعدة على كل دعوى.

٧ ـ استخراج القواعد الفقهية من الأحاديث النبوية:

وقد استخرج الفقهاء بعض القواعد الفقهية من الأحاديث النبوية، فقد يرد في السنة النبوية حديث نبوي شريف فيستنبط الفقهاء منه قاعدة فقهية لما يتضمنه من معنى يصلح أساساً لصياغة قاعدة فقهية معينة، من ذلك ما أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عباد بن تميم، عن عمه أنه شكي إلى رسول الله ﷺ: الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: «لا ينفتل ـ أولاً ينصرف ـ حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» ومعنى (يجد ريحاً) أي الحدث خارجاً منه، ودل الحديث على صحة الصلاة ما لم يتيقن الحدث، وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى. وقال الإمام النووي هذا الحديث أصل في حكم بقاء الأشياء على أصولها حتى يتقين خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ عليها[٢] فما قاله الإمام النووي يعتبر قاعدة فقهية يمكن التعبير عنه بما قاله الحنفية في قواعدهم

---

(١) السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج، تأليف صديق حسن خان ج٦، ص٤٠٤ ـ ٤٠٦.

(٢) صحيح البخاري لشرح ابن حجر العسقلاني، ج١، ص٢٣٧ ـ ٢٣٨.

الفقهية: «اليقين لا يزول بالشك» ويعتبر الحديث النبوي أساساً لهذه القاعدة، وروى هذا الحديث أيضاً الإمام مسلم في صحيحه بلفظ: «الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال ﷺ لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» وجاء في شرحه: وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها، حتى يتيقن خلاف ذلك، و يضر الشك الطارئ عليها، فمن ذلك مسألة الباب التي ورد فيها الحديث وهي أن من تيقن الطهارة وشك في الحدث حكم ببقائه على الطهارة، ولا فرق بين حصول هذا الشك في نفس الصلاة وبين حصوله خارج الصلاة[(١)]

٨ ـ ومن ذلك قاعدة:

«من شك، هل فعل شيئاً أو لا، فالأصل أنه لم يفعل»[(٢)]، أو قاعدة: «من تيقن وشك في القليل والكثير حمل على القليل لأنه المتيقن»[(٣)]، فهذه القاعدة والتي قبلها مستخرجة من الحديث النبوي الشريف فهو أساسها ومدارها، وهذا الحديث هو ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري قال، قال رسول الله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعت له صلاته وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان»[(٤)] وأخرج الإمام الترمذي في جامعه عن عبد الرحمٰن بن عوف قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على ثنتين، فإن لم يدر ثلاثاً صلى أو أربعاً فليبنِ على ثلاث وليسجَد سجدتين قبل أن يسلم».

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، ج٤، ص٤٩ ـ ٥١.

(٢) الأشباه والنظائر، تأليف ابن نجيم، وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، لابن عابدين ص٦٤.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي، ج٥، ص٦٠.

القاعدة الأولى

الأمور بمقاصدها

٩ ـ أصل هذه القاعدة:

أصل هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطاب ﷺ قال وهو على المنبر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئٍ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[1].

١٠ ـ شرح القاعدة:

المقصود بهذه القاعدة أن الأحكام الشرعية في أمور الناس ومعاملاتهم تتكيف حسب قصودهم ـ أي نياتهم ـ من إجرائها، فقد يعمل الإنسان عملاً بقصد معين فيترتب على عمله حكم معين، وقد يعمل نفس العمل بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر[2].

١١ ـ من تطبيقات هذه القاعدة:

أ ـ أن ملتقط اللقطة يعتبر أميناً، لا ضمان عليه إذا هلكت اللقطة في يده بدون تعدٍ منه أو تقصير، إذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها إلى صاحبها، ويعتبر غاصباً إذا كان التقاطها بقصد تملكها فيضمن هلاكها وتلفها، ولو كان هلاكها بدون تعد منه أو تقصير لأنه غاصب، والغاصب يضمن هلاك

---

(١) صحيح البخاري بشرح العسقلاني، ج١، ص٩، رياض الصالحين ص١٢ ـ ١٣.
(٢) شرح المجلة لأستاذنا منير القاضي، ص٥٤.

المغصوب مطلقاً، وبهذا جاءت المادة ٧٦٩ من مجلة الأحكام العدلية[(١)]

ب ـ ومن تطبيقات القاعدة أو فروعها، انعقاد البيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال كقول البائع أبيعك فرسي بكذا مبلغ، فيقول المخاطب قبلت، ولكن إذا قصد بالفعل المضارع الاستقبال لا ينعقد به البيع.

جـ ـ لو نصب أو نشر الصياد شبكته فتعلق بها طير، فإن كان قد نشر شبكته لتجفيفها أو لإصلاحها فالصيد ـ الطير ـ الذي تعلق بالشبكة لمن سبقت يده إليه، وإن كان قد نصبها للاصطياد فالصيد لصاحبها، وإن أخذه غيره كان غاصباً، وتنطبق عليه أحكام الغصب[(٢)]

١٢ ـ وصف الفعل بالحل والحرمة بناءً على قصد فاعله:

وكما أن الفعل يتكيف حكمه في أحكام الدنيا بناءً على قصد صاحبه أي فاعله، فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناءً على قصد فاعله كالنكاح مستحب وسنة من سنن الإسلام، ولكن يحرم إذا كان قصد صاحبه مضارة الزوجة أو ظلمها. وإمساك الزوجة بمراجعتها أثناء العدة بقصد استمرار الزوجية واستدامتها والقيام بحقوقها، هذا الإمساك بهذا القصد أحب إلى الله من تسريحها، ويحرم هذا الإمساك إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة بتطويل عدتها، قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾[(٣)]، وجاء في

---

(١) المادة ٧٦٩، من مجلة الأحكام العدلية، وهي تقنين الفقه الحنفي في أحكام المعاملات، وقد تم هذا التقنين في زمن الدولة العثمانية، وكان هو القانون المدني، وقد ضل مطبقاً في العراق حتى سنة ١٩٥٠. وقد جاء في هذه المادة ٧٦٩ إذ وجد رجل شيئاً في الطريق أو في محل آخر فأخذه على سبيل التملك كان حكمه حكم الغاصب، فإذا هلك ذلك المال أو ضاع ولو للأصنع أو تقصير منه كان ضامناً، أما لو أخذه ليرده لمالكه كان في يده أمانة...

(٢) المادة ١٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية: إذا وضع رجل في محل شيئاً ما كالشرك والشبكة لأجل الصيد، فوقع فيه صيد فهو لذلك الرجل، لكن إذا نشر شبكته لأجل تجفيفها فوقع فيها صيد، فلا يكون له كما لو وقع صيد في حفرة في أرضه فإنه ليس له ولغيره أن يستملكه بالأخذ.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣١.

تفسيرها: والمعنى إذا طلقتم النساء فقاربن آخر العدة فلا تضاروهن بالمراجعة من غير قصد لاستمرار الزوجية واستدامتها والقيام بحقوقها، بل اختاروا أحد أمرين: إما الإمساك بمعروف من غير قصد الإضرار بها أو التسريح بإحسان أي تركها حتى تنقضي عدتها من غير مراجعة ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾، ومن يفعل ذلك أي الإمساك المؤدي إلى الضرار فقد ظلم نفسه لأنه عرضها لعقاب الله وسخطه بسبب ظلمه لهن، قال الزجاج: يعني عرض نفسه للعذاب، لأن إتيان ما نهى الله عنه تعرض لعذاب الله[(١)]

١٣ ـ النية المجردة لا حكم لها في أحكام الدنيا:

ويلاحظ هنا، كما هو المفهوم من هذه القاعدة، أن النية المجردة أي القصد المجرد التي لا يقترن بها فعل ظاهر خارجي لا يترتب عليها حكم من أحكام الدنيا، فمن نوى طلاق زوجته مثلاً لا يقع طلاقه.

١٤ ـ الثواب على النية الحسنة مع عدم مشروعية الفعل.

وللنية الحسنة أو القصد الحسن أثر في تحصيل الثواب بالرغم من عدم مشروعية الفعل فمن فعل فعلاً يظنه قربةً أو جائزاً شرعاً، وفعله بهذا القصد فتبين خلاف ذلك أثيب على قصده، لا على فعله كالمصلي يصلي بقصد الصَّلاة، ويظن أنه متطهر وهو غير متطهر، أو يصلي على مرتد صلاة الجنازة يعتقده مسلماً؛ فإنه يثاب على قصده دون فعله، ولو قدم طعاماً لمن يخشى موته جوعاً بقصد الإحسان إليه ودفع الهلاك عنه فتبين أن الطعام كان مسموماً دون أن يعرف ذلك مقدمه؛ فمات آكله فإن مقدمه يثاب على قصده، لا على تقديمه الطعام، وتجب الدية على عاقلته لأنَّه يعتبر قاتلاً خطأً[(٢)]

---

(١) تفسير ابن كثير، ج١، ص٢٨٨، فتح البيان في مقاصد القرآن للعلامة صديق حسن خان، ج٢، ص٢٨.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج١، ص٢٣.

القاعدة الثانية

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

١٥ ـ هذه القاعدة فرع للقاعدة الأولى:

هذه القاعدة تشملها القاعدة السَّابقة (الأمور بمقاصدها) لأن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الإنسان، وبالتالي يمكن اعتبارها فرعاً للقاعدة السَّابقة[١]

١٦ ـ شرح القاعدة:

قلنا إن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الإنسان، وحيث أن المنظور إليه في ترتيب الأحكام على هذه الأمور هو ما قصدها فاعلها منها، فكذلك الحكم في العقود على مجرد الألفاظ، أي على مطلق المعاني التي تحتملها، وإنما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد، لأن المعنى المقصود من الألفاظ المستعملة هو المعنى الحقيقي المراد، وإن المقاصد هي حقائق العقود وقوامها، وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناءً عليه، ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية، لأنها قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتراعى أولاً المعاني الظاهرة للألفاظ، وإذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدان في عقدهما فإنه يصار إلى المعاني المقصودة ويهمل جانب الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني الظاهرة، ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه، وعلى هذا لا بد من مناسبة بين الصيغة

---

(١) العقود جمع عقد وهو في الإصطلاح ارتباط إرادتين لإنشاء التزام أو نقله أو إنهائه.

والمعنى المقصود، حتى يمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة ومبينة للقصد[1].

١٧ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها[2]:

أ ـ الهبة بشرط العوض بيع: فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بمائة دينار، فقال الآخر قبلت، كان العقد بيعاً، وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة.

ب ـ الإعارة بشرط العوض إجارة: فمن قال لآخر أعرتك سيارتي هذه بخمسين ديناراً تستعملها هذا اليوم في صنعاء، فقال الآخر: قبلت، كان العقد إيجاراً لا إعارة، ولو أن الإيجاب كان بلفظ الإعارة.

ج ـ الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة: فإن قال المدين لدائنه: أحلتك بما لك من دين بذمتي ومقداره كذا على فلان، على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك علي، حتى يدفع لك المحال عليه الدين، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة لأن الحوالة نقل دين من ذمة إلى ذمة، ولم ينتقل الدين هنا من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وإنما ضمنت ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه في المطالبة بالدين، وهذا هو حقيقة الكفالة لأنها تعرف بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالدين، فليس فيها نقل دين من ذمة إلى ذمة بخلاف الحوالة.

---

(١) شرح المجلة لأستاذنا منير القاضي ص٥٦.

(٢) شرح المجلة للعلامة الأستاذ علي حيدر أفندي، ص١٩.

القاعدة الثالثة

الأصل في الكلام الحقيقة

١٨ ـ الحقيقة والمجاز:

الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة (أسد) للحيوان المعروف، والمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي كإطلاق كلمة (نور) على الإسلام أو على العلم.

١٩ ـ شرح القاعدة:

ومعنى القاعدة: أن الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي كلما أمكن ذلك، وعلى هذا الأساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم، فمن قال وقفت داري على أولادي ثم على الفقراء، فإن الوقف ينصرف إلى الأولاد الصلبيين ولا يشمل الأحفاد لأن كلامة (أولادي) حقيقة في الأولاد الصلبيين، فما دام للواقف أولاد صلبيون فإن كلمة (أولادي) تنصرف إليهم فقط، ولا يدخل معهم أحفاد الواقف إن وجدوا[١]

٢٠ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ لو قال هذه الدار لزيد كان ذلك إقراراً له بالملك، حتى لو قال أردت بقولي أنها مسكنه، لم يقبل منه[٢]

ب ـ لو قال وقفت داري على حفاظ القرآن في بلدي، لم يدخل فيه من

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٨٦، شرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز، ص٢٤ ـ ٢٥.

(٢) شرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز، ص٢٥، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٧.

كان حافظاً ونسي، لأنه لا يطلق عليه أنه حافظ إلا مجازاً باعتبار ما كان[١]

ج ـ لو حلف لا يبيع أو لا يشتري، أو لا يستأجر أو نحو ذلك لم يحنث إلا بالصحيح دون الفاسد، بناءً علىٰ أن الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح دون الفاسد[٢]

د ـ لو حلف لا يبيع ولا يشتري، فَوَكَّلَ في ذلك لم يحنث حملاً للفظ على حقيقته، وفي قول إن كان ممن لا يتولاه بنفسه كالسلطان، أو كان المحلوف عليه مما لا يعتاد الحالف فعله بنفسه كالبناء ونحوه حنث إذا أمر بفعله[٣]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٨٧.

(٢) المرجع السابق، ص٨٧.

(٣) المرجع السابق، ص٨٧.

القاعدة الرابعة

إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

٢١ ـ شرح القاعدة وبيان فروعها:

المقصود بتعذر الحقيقة عدم إمكان حمل الكلام على معناه الحقيقي، وعدم الإمكان هذا لعدم وجود هذه الحقيقة في الخارج، فيحمل الكلام على معناه المجازي، كما لو قال وقفت داري هذه على أولادي، ولم يكن عنده أولاد صلبيون وإنما عنده أحفاد كأولاد ابنه، فإن وقفه يحمل عليهم، وإن كان لفظ (أولاده) يحمل على أولاده الصلبيين على وجه الحقيقة، ويحمل على أحفاده على وجه المجاز، ولكن حمله على الحقيقة غير ممكن لعدم وجود أولاد صلبيين له[1]

٢٢ ـ ويعتبر من قبيل تعذر الحقيقة من جهة تركها:

واعتبار المعنى المجازي، وحمل الكلام عليه لا عليها، إذا هجرت باستعمال اللفظ في معناه المجازي دون الحقيقي، كما في قول الحالف: والله لا آكل من هذه الشجرة، فيحمل كلامه على الأكل من ثمارها فيحنث إن أكل من ثمارها، وإن كان مجازاً ولا يحنث إذا أكل من ورقها وأغصانها، وإن كان حقيقة، لأن المراد هو المعنى المجازي في الاستعمال لا الحقيقي.

٢٣ ـ وعلى هذا جاءت القاعدة الفقهية:

الحقيقة تترك بدلالة العادة.

وعلى هذا لو وقف بستانه على فقهاء بلده دخل فيهم المقلدون الذين

(١) شرح المجلة، للأستاذ سليم رستم باز، ص٢٥، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٥٥.

يعرفون الفقه تقليداً لا اجتهاداً، لأن لفظ (الفقيه) صار يطلق على المقلد عرفاً فينصرف كلام الواقف إليه، لأنه هو المتعارف في إطلاقه[1]

ومن أمثلة ترك الحقيقة وهجرها بدلالة العادة في إرادة المعنى المجازي لا الحقيقي، حمل قول القائل في حلفه: والله لا أضع قدمي في هذه الدار. فهو يحنث إذا دخل الدار راكباً، ولا يحنث إذا وضع قدمه فيها بدون دخول، لأن المراد من كلامه حسب الاستعمال العرفي وجريان العادة بمثل هذا الكلام هو الدخول إلى الدار وليس مجرد وضع القدم فيه دون دخول[2]

---

(١) شرح المجلة، للأستاذ سليم رستم باز، ص٣٦.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٥٥.

القاعدة الخامسة

إعمال الكلام أولى من إهماله

٢٤ ـ شرح القاعدة مع الأمثلة:

لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي، وبما أن الأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي، لا يحمل على المجاز، واللفظ المراد إعماله إذا كان مما يحتمل التأسيس والتأكيد فحمله على التأسيس أولى، لأن التأسيس يفيدنا معنى جديداً، لم يتضمنه اللفظ السابق، والتأكيد يفيده إعادة معنى اللفظ السابق، وعلى هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بمائة ريال دون أن يذكر سبب الدين وأعطى للدائن سنداً بذلك، ثم أقر بعد ذلك للشخص نفسه مرة ثانية بأنه مدين له بمائة ريال وأعطاه سنداً بذلك ولم يبين فيه سبب الدين، فإن إقراره الثاني يحمل على التأسيس أي على الإقرار بدين جديد، ولا يحمل على تأكيد دينه الأول الذي أعطاه به سنداً[(١)]

٢٥ ـ إذا تعذر إعمال الكلام يهمل:

وهذا هو نص القاعدة الفقهية: إذا تعذر إعمال الكلام يهمل. [(٢)]

يعني إذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي ولا على معناه المجازي ولا على معنى التأسيس أو التأكيد فإنه يهمل، ويعتبر لغواً لا يترتب عليه حكم، كما لو ادعى شخص أو أقر بأن فلاناً الذي هو أكبر منه سناً ابنه، فلا يمكن حمل كلامه على معنى حقيقي، لأن المقر له بالبنوة أكبر سناً من المقر، كما لا يمكن حمل كلامه على معنى مجازي، لعدم توافر مبررات هذا الحمل ولا على طبيعة هذا المجاز.

---

(١) شرح المجلة للأستاذ العلامة علي حيدر أفندي، ص٥٣.

(٢) المادة ٦٢ من مجلة الأحكام العدلية.

القاعدة السَّادسة

لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان

٢٦ ـ لا ينسب إلى ساكت قول:

هذه العبارة هي الجزء الأول من القاعدة، وهي عبارة الإمام الشافعي رحمه الله تعالى[١]

ومعنى هذه القاعدة: أنه لا يجوز أن يُقَوَّلَ الساكت ما لم يقله، فيقال أنه قال كذا[٢] ولهذه القاعدة فروع وتطبيقات كثيرة نذكر منها ما يلي:

٢٧ ـ فروع وتطبيقات:

ومن فروع وتطبيقات الجزء الأول من القاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول) ما يأتي[٣]:

أ ـ لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعد سكوته إجازة أو توكيلاً.

ب ـ لو رأى غيره يتلف ماله، فسكت لا يكون إذناً بإتلافه.

ج ـ سكوت امرأة العنين لا يعتبر رضاً، ولو أقامت معه سنين.

د ـ نصت المادة (٨٠٥) من مجلة الأحكام العدلية: «سكوت المعير لا يعد قبولاً، فلو طلب رجل من آخر إعارة شيء، فسكت صاحب ذلك الشيء ثم أخذه المستعير كان غاصباً، ومعنى ذلك تطبيق أحكام الغصب عليه، ومنها ضمان هلاك المغصوب مطلقاً.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٨٣.

(٢) وهذا ما جاء في آخر الجزء الأول من القاعدة: لا ينسب إلى ساكت قول.

(٣) الأشباه والنظائر لابن النجيم، ص١٧٨، شرح المجلة سليم رستم باز.

٢٨ ـ ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان. معناه وفروعه:

أي أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان[١] ولهذه القاعدة أو الجزء الثاني من القاعدة فروع وتطبيقات كثيرة منها ما يلي[٢]:

أ ـ سكوت البكر عند استئمار وليها بالزواج يعتبر منها رضاً.

ب ـ سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه يعتبر إذناً بالقبض.

ج ـ سكوت الشفيع عند علمه بالبيع دلالة على رضاه به ويسقط حق شفعته.

د ـ سكوت الزوج عند ولادة امرأته وتهنئته بالمولود يعتبر إقراراً به وبنسبه منه فلا يملك نفيه بعد ذلك.

هـ ـ سكوت المقر له والوكيل والوديع يعد قبولاً ما لم يردوا صراحة، لأنه عند الرد الصريح لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح.

و ـ سكوت المشتري قبل البيع عند إخباره بالعيب يعتبر رضاً منه بالعيب، فقد نصت المادة (٣٤١) من مجلة الأحكام العدلية: إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالبيع لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب. ولكن لو ظهر في المبيع عيب آخر غير الذي ذكره كان له رد المبيع به.

ز ـ لو رأى الولي المميز يبيع ويشتري ولم يمنع، وسكت يكون سكوته إذناً له بالتجارة دلالة.

ح ـ السكوت في الإجارة قبولٌ ورضاً كقوله لساكن داره اسكنها بكذا أجرة، وإلا فاخرج وانتقل منها فسكت وبقي ساكناً لزمه الأجر المسمَّى.

---

(١) وهذا ما جاء في آخر الجزء الثاني من القاعدة.

(٢) والأشباه والنظائر لابن النجيم، ص١٧٨ ـ ١٨١، شرح المجلة لسليم رستم باز ص٤٧ ـ ٤٨.

ط ـ إذا وجه الحاكم اليمين إلى المدعي عليه فسكت بدون عذر كان سكوته نكولاً عن اليمين.

ي ـ سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع لقبض الثمن إذا رأى المشتري يقبض المبيع يعتبر سكوته إذناً للمشتري بالقبض.

القاعدة السَّابعة

لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح

٢٩ ـ شرح القاعدة:

المقصود بالدلالة كون الشيء بحال يفيد الغير علماً[١] والدلالة بهذا المعنى معتبرة، ويترتب عليها الحكم المناسب، ولكن إذا تعارضت الدلالة والتصريح أي القول الصريح أو ما يقوم مقامه، فإن المعتبر والمعول عليه في ترتيب الأحكام هو التصريح لا الدلالة، إذ لا اعتبار لها مع وجود التصريح المخالف لها، فإذا وهب شخص شيئاً لآخر وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة، كان قبضه صحيحاً وإن لم يأذن له الواهب في القبض صراحة، لأن إيجاب الواهب إذن منه بالقبض دلالة، وأما لو نهاه عن القبض فلا يصح قبضه لأنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، وعلى هذا نصت المادة (٧٧٢) من مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء فيها: الإذن دلالة كالإذن صراحة، أما إذا وجد النَّهي صراحة فلا عبرة لإذن دلالة.

٣٠ ـ لا عبرة للتصريح بعد العمل بالدلالة:

ولكن بعد العمل بموجب الدلالة لا عبرة للتصريح، فلو سمع شخص أن فضولياً باع ماله، فطلب منه الثمن كان طلبه هذا إجازة للبيع دلالة، فإذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة لا يصح رده، إذ لا عبرة لرده الصريح لبيع الفضولي بعد إجازته دلالة[٢]

(١) شرح القاعدة الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص٩١.

(٢) شرح المجلة للأستاذ سليم باز، ص٢٥.

٣١ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ شاة لإنسان خيف عليها من الموت فذبحها إنسان كيلا تموت، فيحرم أكلها، لا يضمن ذابحها استحساناً، لأنه مأذون من مالكها دلالة[١]

ب ـ إذا قبض المشتري المبيع، قبل نقد الثمن بمشهد من البائع، ولم ينهه، صح القبض وسقط حق الحبس بالثمن بدلالة السكوت عن الإذن، وبالتالي لا يملك استرداد المبيع، بل يطالبه بالثمن، أما لو وجد صريح النَّهي فلا يسقط حق الحبس وله أن يسترده منه ويحبسه بالثمن[٢]

ج ـ يستدل على مصارف الوقف بتعامل القوم السَّابقين، ولكن إذا وجد كتاب الوقف الموثوق به فلا عبرة بتعامل القوم على خلافه[٣] لأن كتاب الوقف بشأن مصارف الوقف كالتصريح بهذه المصارف، وتعامل القوم في مصارف القوم كالتعريف بهذه المصارف دلالة، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.

د ـ جاء في المادة (٧٧٢) من مجلة الأحكام العدلية: الإذن دلالة، كالإذن صراحة أما إذا وجد النهي صراحة فلا عبرة للإذن دلالة. مثلاً إذا دخل رجل دار آخر بإذنه فوجد إناءً معداً للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب منه، فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه، أما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه ليشرب فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته.

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز، ص٤٢٨.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص٩٢.

(٣) المرجع السابق، ص٩٢.

القاعدة الثامنة

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

٣٢ ـ شرح القاعدة:

يمكن اعتبار هذه القاعدة فرعاً أو تطبيقاً لقاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأنه إذا كان الشيء موضوع الكلام غير قابل للتجزئة، يحمل على إرادة كله صيانة لكلام القائل من الإلغاء والإهمال، لأن الأصل في كلام العاقل أنه يريد بكلامه إفادة السامع معنى، فذكره جزءً من شيء غير قابل للتجزئة، يحمل على أنه أراد الشيء كله، ويستأنس لذلك بأن من أساليب اللغة العربية ذكر الجزء، وإرادة الكل كما في كفارة الظهار «فتحرير رقبة» وفي كفارة القتل الخطأ وتحرير رقبة مؤمنة والمراد بالرقبة: الرقيق، ذكراً كان أو أنثى، فجاء التعبير عنه بذكر جزء منه وهو الرقبة.

٣٣ ـ من تطبيقات القاعدة:

أ ـ لو أسقط ولي القتيل نصف القصاص سقط القصاص كله لأن القصاص لا يتجزأ، وكذلك لو عفا عن القاتل أحد أولياء القتيل، سقط القصاص وانقلب حق باقي الورثة (أولياء القتيل) إلى الدية[١]

ب ـ جاء في المادة (١٠٤١) من مجلة الأحكام العدلية: الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع، ويترك باقيه.

ومعنى ذلك أن الشفيع إذا طلب بعض العقار بالشفعة، وترك باقيه بطلت شفعته بالكلية، لأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً إذ أن الشفيع يملكه بالشفعة كما ملكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض لأن فيه تفريق الصفقة فلا يتجزأ

(١) سليم رستم باز المرجع السابق، ص٤٤.

إسقاطاً، فيكون ذكر بعضه كذكر كله[1]

٣٤ ـ حكم ذكر بعض ما يتجزأ:

أما ذكر بعض ما يتجزأ، فليس كذكر كله، فيثبت الحكم للبعض الذي ذكره وليس للشيء كله.

ومن تطبيقات هذا: لو كفل للدائن بنصف دينه على مدينه فتصح الكفالة بنصف الدين ولا يعد كفيلاً بكل الدين، لأن مقدار الدين يقبل التجزئة، فيثبت الحكم للجزأ الذي ذكره فقط، ومثل كفالة بعض الدين وصحة هذه الكفالة، إبراء المدين من بعض الدين وصحة هذا الإبراء.

(١) سليم رستم باز المرجع السابق، ص٤٤ ـ ٤٥.

القاعدة التاسعة

المطلق يجري على إطلاقه
ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة

٣٥ ـ تعريف المطلق والمقيد:

المطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع من جنسه[١] أو هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد غير معينة، وبدون أي قيد لفظي[٢] مثل رجل ورجال.

والمقيد: هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه مع تقييده بوصف من الأوصاف[٣] أو هو ما كان من الألفاظ الدالة على فرد أو أفراد غير معينة مع اقترانه بما يدل على تقييده بما اقترن به مثل: رجل مصري أو رجل يمني، هذا وإن المقيد في ما عدا ما قيد به يعتبر مطلقاً، بمعنى أن المقيد يعتبر مقيداً بالقيد الموصوف به، لا يجوز تقييده بغيره بلا دليل فقولنا: رجل يمني، مقيد من جهة الجنسية، وهي كونها يمنية فقط أما ما عدا هذا القيد فهو مطلق.

٣٦ ـ حكم المطلق:

أنه يجري على إطلاقه فلا يجوز تقييده بأي قيد إلا إذا قام الدليل على تقييده نصاً أو دلالة، ويثبت له الحكم وهو بهذا الإطلاقَ كما في عتق الرقبة في كفارة الظهار إذ جاءت مطلقة، وكما في عدة المرأة المتوفى عنها زوجها جاءت «أزواجاً» مطلقة فتجب عليها العدة سواءً كانت الزوجة مدخولاً بها أم

(١) الأحكام للأمدي، ج٣، ص٢، إرشاد الفحول للشوكاني ص١٤٤.
(٢) شرح مسلم الثبوب، ج١، ص٣٦٠.
(٣) الأحكام للأمدي، ج٣، ص٣ ـ ٤، إرشاد الفحول للشوكاني ص١٤٤.

لا، صغيرة كانت أو كبيرة قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[1]

ولكن إذا قام الدليل على تقييد المطلق اعتبر القيد وثبت له الحكم بهذا القيد كما في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[2] جاءت كلمة «وصية» مطلقة وكان مقتضى الإطلاق جواز الوصية بأي مقدار، ولكن قام الدليل على تقييدها بالثلث، ودليل التقييد حديث سعد بن أبي وقاص حيث منعه الرسول ﷺ بأكثر من الثلث، وهذا حديث مشهور يتقيد بمثله مطلق الكتاب عند الحنفية وغيرهم.

٣٧ ـ حكم المقيد:

وجوب العمل بموجب القيد، فلا يجوز إلغاؤه، ويثبت الحكم له بهذا القيد إلا إذا قام الدليل على عدم اعتبار هذا القيد، كما قال تعالى في سياق تعداد المحرمات ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[3]

وعلى هذا... فالبنت تحرم على من تزوج أمها ودخل بها، لأن حرمة الزواج بالبنت مقيد بنكاح أمها، والدخول بها لا مجرد العقد عليها، وأما كلمة ﴿فِي حُجُورِكُم﴾ فهذه ليست بقيد احترازي وإنما هي قيد أكثري لا يتقيد به اللفظ، ولا تأثير له في الحكم بدليل قوله تعالى في نفس الآية: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[4]

ولو كان من قيد الحرمة كون البنت في حجر الزوج ورعايته، لذُكر عند شروط الحل، ورفع الحرمة عند تخلف القيد، وهو الدخول بالأم.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٤.
(٢) سورة النساء: الآية ١١.
(٣) سورة النساء: الآية ٢٣.
(٤) سورة النساء: الآية ٢٣.

٣٨ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ الوكيل بالبيع إذا كانت وكالته مطلقة يجوز له أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً، وهذا عند الإمام أبي حنيفة، لأن التوكيل بالبيع جاء مطلقاً، فيجري على إطلاقه، وبه أخذت المادة ١٤٩٤ من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت على أن: للوكيل بالبيع إذا أطلقت وكالته أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً[١]

ولكن لو عين الموكل لوكيله ثمناً معيناً فعلى الوكيل أن يتقيد بهذا الثمن فلا يبيع ما لموكله إلا بهذا الثمن، وهذا ما جاء في المادة ١٤٩٥ من مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها: ليس للوكيل إذا كان الموكل قد عين له ثمناً أن يبيع بأنقص من ذلك الثمن، وإن فعل انعقد البيع موقوفاً على إجازة موكله، ولو باع بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلّم المبيع إلى المشتري فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان.

وإنما كان الحكم كما جاء في هذه المادة لأن دليل التقيد ـ تقييد الثمن ـ جاء نصاً فلا تجوز مخالفته.

ب ـ لو وكل رجلاً بشراء شيء معين ولم يبين الثمن كان للوكيل أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير ولكن لا يجوز له أن يشتريه بغبن فاحش، وإن فعل وقع الشراء له، وذلك لأن وكالته وإن كانت مطلقة إلا أنها مقيدة دلالة بعدم التجاوز إلى الغبن الفاحش[٢]

---

(١) وما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة في صحة بيع الوكيل، مال موكله بالثمن الذي يراه قليلاً أو كثيراً، بناءً على إطلاق الثمن، إنما هو مقيد بغير ضمان التهمة، ومواطن الخيانة، فإذا كان الوكيل بالبيع غير متهم في وكالته فبيعه نافذ على الموكل بأي ثمن باع مال موكله، وبالتالي لا يتقيد بيعه بثمن المثل أو بما يوافق العرف والعادة، أي بما يقضي به العرف من الثمن المقبول، وعند الصاحبين: أبي يوسف ـ ومحمد، الوكالة المطلقة بالبيع لا تخول الوكيل البيع بأي ثمن يريده ويشاء، وإنما بالثمن الموافق لما يقضي به العرف والعادة: شرح القواعد الفقهية تأليف الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٦٢.

(٢) شرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز، ص٤٥.

القاعدة العاشرة

لا مساغ للاجتهاد في مورد النَّص

٣٩ ـ شرح القاعدة:

الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء بذل غاية الجهد والطاقة لتحصيل الحكم الشرعي من دليله الشرعي.

ومعنى القاعدة أن الاجتهاد يكون في القضايا التي لم يرد في الشريعة الإسلامية نص صريح بحكمها، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه، لأن الغرض من الاجتهاد تحصيل الحكم الشرعي، فإذا كان حاصلاً في النص فلا حاجة للاجتهاد ولأن الاجتهاد إذا أوصلنا إلى ذات الحكم الوارد في النص فالمعول عليه هو النص وما ورد فيه من حكم وليس الاجتهاد، فيكون التحول إلى الاجتهاد من نوع العبث غير المستساغ، والمراد بالنص نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وما ثبت بالإجماع الشرعي.

٤٠ ـ من أمثلة الاجتهاد في مورد النَّص:

ورد النص في تحريم الربا، فلا يجوز الاجتهاد في حله، وورد في النص بأن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث، فلا يجوز الاجتهاد بجعل ميراث الذكر مثل ميراث الأنثى، والنص ورد بالقصاص من القاتل عمداً إذا كان بالغاً عاقلاً، إذا طلب القصاص ولي القتيل فلا مساغ للاجتهاد بعدم وجوب القصاص إذا طلبه ولي القتيل، والنص ورد بتحريم القمار فلا يجوز الاجتهاد بحله بحجة زيادة موارد الدولة المالية. فهذه الاجتهادات التي يريد أصحابها الوصول إلى ما يخالف الأحكام الشرعية التي وردت بها النصوص الشرعية اجتهادات غير مقبولة، لأن مساغ الاجتهاد مقيد بعدم وجود النَّص.

القاعدة الحادية عشرة

الاجتهاد لا ينقض بمثله

٤١ ـ شرح القاعدة:

في المسائل الاجتهادية التي يسوغ فيها الاجتهاد، إذا اجتهد فيها المجتهد، وخرج فيها برأي سائغ فلا ينقض ـ أي يبطل ـ باجتهاد آخر سائغ مثل الاجتهاد الأول، كما لو حكم حاكم في قضية؛ باجتهاده بحكم معين، ثم تبدل اجتهاده فيها، فلا يجوز له أن ينقض حكمه الأول ليحكم باجتهاده الثاني؛ الذي هو مثل الأول من حيث أنه اجتهاد سائغ، كما لا يجوز لحاكم آخر أن ينقض باجتهاده ما حكم به الحاكم الأول باجتهاده، لأنه لا امتياز لاجتهاده على اجتهاد القاضي الأول، ما دام كلاهما من الاجتهادات السائغة المقبولة.

٤٢ ـ دليل هذه القاعدة وحكمتها:

ودليل هذه القاعدة الإجماع وما سار عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل، وخالفه عمر رضي الله عنه فيها، ولم ينقض حكمه، وعلته بأنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول وأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة[١]

٤٣ ـ الاجتهاد القديم لا يقيد صاحبه:

ولكن الاجتهاد القديم لا يقيد صاحبه في المستقبل، فله في المستقبل أن يقضي باجتهاده الجديد المخالف لاجتهاده القديم في نظير القضية الأولى ولا يتقيد بما حكم فيها في الماضي، وهذا ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص١١٥.

في قضية إرثية مشهورة عرفت باسم المسألة المشتركة أو المسألة الحجرية، أو المسألة العمرية لقضاء عمر بن الخطاب فيها إذ أنه قضى بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة لأم في ميراثهم وهو الثلث نظراً لاستغراق فروض أصحاب الفروض التركة، فلم يبق للإخوة الأشقاء شيء من التركة باعتبارهم عصبة، والعصبة يأخذون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، فإن لم يبق شيء من التركة لم يأخذوا شيء، وهذا ما حصل في هذه المسألة فقد اجتمع فيها زوج وأم وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فللزوج النصف وللأم السدس، وللإخوة لأم الثلث، ولا شيء للإخوة الأشقاء.

ثم حدثت قضية ميراث كالأولى، فلما رفعت إلى عمر بن الخطاب ﷺ أراد أن يقضي بها بمثل قضائه السابق في نفس هذه القضية فاعترض أحد الإخوة الأشقاء وقال: يا أمير المؤمنين أحسب أبانا حجراً في اليم، أليست أمنا واحدة، فكيف يرث الإخوة لأم، ولا نورث نحن، ونحن جميعاً أمنا واحدة، ونزيد عليهم بالأب؟ فأخذ عمر ﷺ بحجتهم وأشركهم في ميراث الأخوة لأم. وأساس قضاء عمر ﷺ، بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة لأم بميراثهم اشتراك الجميع بالأم الواحدة وهي سبب توريثهم مع امتياز الأشقاء بقوة قرابتهم للميت، بإدلائهم إليه بالأب، وإذا كان قوة قرابتهم بالميت لا تزيدهم إرثاً ولا تقدمهم على غيرهم فلا يجوز أن تكون سبباً لحرمانهم من الميراث وعدم مساواتهم بالإخوة لأم ولما سمع الأخوة الأشقاء في القضية الأولى بقضاء عمر الجديد جاؤوا عليه معترضين وطالبين أن يورثهم بإشراكهم مع الإخوة لأم كما قضى في المسألة الجديدة، فقال سيدنا عمر كلمته التي صارت أصلاً وقاعدة: تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي.

٤٤ ـ من تطبيقات هذه القاعدة:

ومن تطبيقات هذه القاعدة: لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لا يُنقَض حكمه الأول، ولكن له أن يحكم في المستقبل باجتهاده الجديد، كما لا يجوز لحاكم آخر أن ينقض حكم الحاكم الأول بحجة مخالفته لرأيه، لأن

الاجتهاد لا ينقض بمثله[1]

٤٥ ـ ما الحكم إذا أمر السلطان باتباع رأي اجتهادي معين:

ما قلنا في الفقرات السابقة هو إذا لم يكن قد صدر أمر من السلطان «ولي الأمر» بوجوب الحكم برأي أحد المجتهدين لأنه في هذه الحالة لا يجوز للحاكم أن يحكم برأي آخر، وهذا ما جاء في المادة (١٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية: وكذلك لو صدر الأمر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة، لأن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر يخالف رأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه.

وعلى هذا وبناءً على هذه المادة، إذا حكم الحاكم بما يخالف ما أمر به السلطان ثم رفع حكمه إلى حاكم آخر وجب عليه أن ينقضه[2]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص١١٦، شرح المجلة لسليم رستم باز، ص٢٦ ـ ٢٧.

(٢) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٢٧.

القاعدة الثانية عشرة

اليقين لا يزول بالشك

اليقين لغةً قرار الشيء، واصطلاحاً حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه. والشك في اللغة التردد، واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر[١] فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ولم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فأن طرح الاحتمال الآخر؛ بمعنى أنه لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه فهو غالب الظن، وهو المعتبر عند الفقهاء إذ هو عندهم ملحق باليقين أي ينزل منزلة اليقين في بناء الأحكام عليه، في أكثر المسائل[٢]

٤٧ ـ معنى القاعدة وأصلها:

ومعنى القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارئ عليه وإنما يزول بيقين مثله. وأصل هذه القاعدة ما جاء في السنة النبوية الشريفة، وفيها ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: «شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»، وجاء في شرحه للإمام النووي: قوله: «يخيل إليه الشيء» يعني خروج الحدث منه، وقوله ﷺ: «حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» معناه يعلم وجود أحدهما، ثم قال النووي: وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها[٣]

---

(١) شرح المجلة للعلامة علي حيدر أفندي، ج١، ص٢٠.
(٢) شرح القاعدة الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٦.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي، ج٤، ص٤٩ ـ ٥١.

٤٨ ـ تطبيقات القاعدة وما ينبني عليها:

لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة حتى أن الإمام السيوطي قال عنها: اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر[١].

ونذكر فيما يلي بعض تطبيقات هذه القاعدة وما انبنى عليها من أحكام:

أ ـ من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر، ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث[٢].

ب ـ من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه هو المتيقن[٣]، ويؤيد هذا الحكم الحديث الذي أخرجه الترمذي عن عبد الرحمٰن بن عوف، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على ثنتين، فإن لم يدر ثلاثاً صلى أو أربعاً، فليبن على ثلاث، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم»[٤].

ج ـ ثبوت الدين في ذمة المدين لا يزول إلا بالأداء أو الإبراء، ومن ثبت نكاحه بامرأة فلا تزول الزوجية عنه إلا بتيقن، ومن ثبت ملكه بشيء لا تزول ملكيته إلا بثبوت ما يزيلها.

د ـ أكل آخر الليل، وشك في طلوع الفجر صح صومه لأن الأصل بقاء الليل.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٧٣.

(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص٧٣، ابن نجيم: المرجع السابق، ص٦٣، قواعد ابن رجب، ص٣٤٠.

(٣) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٦٣، السيوطي: المرجع السابق.

(٤) تحفة الأحوذي، شرح جامع الترمذي، للشيخ المباركفوري، ج٢، ص٤١٩.

القاعدة الثالثة عشرة

الأصل براءة الذمة

٤٩ ـ تعريف ألفاظ القاعدة:

(الأصل) هنا يراد به القاعدة الثابتة (والذمة) وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه من الحقوق، أي بالذمة تثبت للإنسان (أهلية الوجوب) وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له أو عليه الحقوق، وثبوتها بالذمة، والذمة تثبت للإنسان من لحظة ولادته حياً فأساس أهلية الوجوب كون الإنسان حياً، إذ ما من مولود يولد حياً إلا وله ذمة، وعلى أساسها تكون له أهلية وجوب كاملة، والمراد بـ(براءة الذمة) أي خلو الذمة وعدم انشغالها بأي حق للغير.

٥٠ ـ معنى القاعدة:

إن القاعدة الثابتة المستمرة هي عدم انشغال ذمة الإنسان بأي حق للغير، أي عدم تحمله بحق للغير حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، لأن كل إنسان يولد وذمته خالية من أي حق للغير، وأن انشغالها يكون بما يصدر عنه بعد ذلك من أقوال أو أفعال، وبناءً على ما تقدم فإن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته لأن قوله يعضده أصل براءة ذمته، حتى يقوم الدليل على انشغالها بحق للغير.

٥١ ـ فروع القاعدة ونطاق تطبيقها:

لقد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية، والجزائية، ولذلك كان نطاق تطبيقها واسعاً وعلى هذا فمن ادعى على غيره حقاً فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي ذلك ومن فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها:

إذا اختلف المتلف أو الغاصب مع صاحب المال في قيمة المال المتلوف أو المغصوب القول قول المتلف أو الغاصب لأن الأصل البراءة عما زاد، وعلى مدعي الزيادة ـ وهو صاحب المال ـ إثبات الزيادة[1]، وكذلك إذا اختلف المستقرض والمقرض في مقدار القرض، فالقول قول المستقرض وعلى مدعي الزيادة ـ وهو المقرض ـ البينة، وإذا اختلف البائع والمشتري في ثمن المبيع بعد هلاكه أو بعد خروجه من ملكه فالقول قول المشتري، وكذلك إذا اختلف المستأجر والمؤجر في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة، فالقول قول المستأجر وعلى البائع والمؤجر البينة لإثبات الزيادة التي يدعيها، أماإ ذا وقع الاختلاف بينهما قبل هلاك المبيع أو خروجه من ملكه أو قبل استيفاء المنفعة فالحكم أنهما يتحالفان ويترادان، المبيع والمأجور، وهذا إذا لم يكن لأحدهما البينة على ما يدعيه، وبهذا جاءت المادتان (١٧٧٨ و١٧٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

ومن فروع هذه القاعدة:

أن من دفع لآخر ألف ريال مثلاً، ثم اختلفا فقال الدافع دفعت لك هذا المبلغ قرضاً، وقال الآخذ أنه هبة، فالقول للآخذ بيمنه إن عجز الدافع عن إثبات ما يدعيه لأن الآخذ يدعي براءة ذمته، والأصل براءة الذمة.

ومن فروع هذه القاعدة في مجال القضايا الجنائية:

يعتبر المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته، ومن هنا جاء القول المشهور: الشك يفسر لمصلحة المتهم، لأن الأصل براءة المتهم من ارتكاب الجريمة، وما يترتب عليها من عقوبة، فإن لم يثبت ذلك فإن الشك لا يصلح لإدانة المتهم، فيفسر لمصلحته أي براءته.

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٦٤.

القاعدة الرابعة عشر

الأصل بقاء ما كان على ما كان

٥٢ ـ مرجع هذه القاعدة:

هذه القاعدة تندرج في قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» فهذه القاعدة هي مرجع القاعدة التي نحن بصدد شرحها[١] فالقاعدة الثابتة التي نتمسك بها هي إبقاء الحالة التي كان عليها الشيء في الماضي، حتى يقوم الدليل على تغييرها، لأن الحال السابقة يقين فلا نتحول عنه حتى يقوم الدليل على خلافه.

٥٣ ـ معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى ما يعرف بـ(الاستصحاب) وهو الحكم ببقاء أمر محقق لم يثبت تغيره، وهو على نوعين **(الأول)**: إبقاء الشيء في الوقت الحاضر على ما كان عليه في الماضي، إلى أن يقوم الدليل على خلافه و**(الثاني)**: اتخاذ الحال الحاضر للشيء دليلاً على أن هذا الحال هو ما كان عليه الشيء في الزمن السابق، ويقال له الاستصحاب المقلوب لأنه عكس الأول[٢]

٥٤ ـ من أمثلة القاعدة وفروعها[٣]:

من أمثلة القاعدة في نوعها الأول:

أ ـ إن المفقود ـ وهو الغائب غيبة منقطعة ـ بحيث لا يعلم موته ولا حياته، يعتبر حياً في حق نفسه في الحال الحاضر، باستصحاب الحال في

---

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص٧٣، ابن نجيم: المرجع السابق، ص٦٢.

(٢) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٣٠.

(٣) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٢٠ ـ ٢١، أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص٤٤ ـ ٤٥.

الزمن الماضي، بمعنى أن حياته قبل غيبته لما كانت متيقنة فيعتبر حياً في الحال الحاضر إلى أن يتيقن موته ومن ثم لا تقسم أمواله بين ورثته.

ب ـ ادعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقدرة إليها، وادعى الزوج الإيصال فالقول قولها بيمينها لأن الأصل بقاؤها بعد أن كانت ثابتة في ذمته حتى يقوم الدليل على خلافه.

ج ـ كل مدين ادعى إيفاء الدين والدائن ينكر فالقول قول الدائن وعلى المدين إثبات الإيفاء، فلو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض، وادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض، فالقول قولهم، لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الذمة.

د ـ ادعت المعتدة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة فالقول قولها بيمينها، ولها نفقة العدة لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها.

٥٥ ـ ومن أمثلة القاعدة في نوعها الثاني (الاستصحاب المقلوب):

لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ففات الانتفاع به، وأنكر المؤجر ذلك، ولا بينة لأحدهما، فإنه يحكم الحال الحاضر، فإن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول قول المؤجر.

ومن أمثلتها أيضاً الاختلاف في قدم مسيل ماء يجري في دار الغير أو في حدوثه، فإنه يحكم الحال الحاضر، فقد جاء في المادة ١٧٧٧ من مجلة الأحكام العدلية: إذا اختلف في قدم مسيل ماء يجري في دار رجل أو في حدوثه، فادعى صاحب الدار إحداثه، وطلب رفعه، ولم تكن لكلا الطرفين بينة، ينظر: فإن كان الماء وقت الخصومة يجري في المسيل أو كان يعلم جريه قبل ذلك يبقى على حاله، لصاحب المسيل بيمينه فيحلف بأن المسيل غير محدث، وإن كان الماء لا يجري في المسيل وقت الخصومة، ولم يعلم جريه قبل ذلك، فالقول لصاحب الدار بيمينه.

٥٦ ـ حجية الاستصحاب:

الاستصحاب إنما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، ومن ثم لا يقسم مال المفقود بين ورثته ولا تفسخ إجارته، لأنه يعتبر حياً وحياته، وإن كانت ثابتة بالاستصحاب فهذا الثبوت يكفي لدفع من يريد تغييرها، إذ لا يمكن تغييرها إلا إذا ثبت موته حقيقة أو حكماً.

وكذلك لا تقسم أموال المفقود المودعة عند آخر إلى أن يعلم موته أو حياته وعلى هذا نصت المادة ٧٨٥ من مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها: إذا كان صاحب الوديعة غائباً، غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع إلى أن يعلم موت صاحبها. إلخ.

وكذلك لا يرث المفقود من غيره ولا يستحق ما أوصي له به لأن شرط الإرث حياة الوارث عند موت الموروث، وحياة المفقود ثابتة بالاستصحاب، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق، أي لا يصلح حجة لاستفادة حق جديد لم يكن ثابتاً للمفقود قبل فقده، ولكن لاحتمال حياته فإن حصته من إرث مورثه تحفظ إلى أن يظهر أمره فإن ظهر حياً أخذ حصته الموقوفة، وإن ظهر ميتاً بعد موت مورثه حكم له بتلك الحصة، وإن علم أنه مات قبل موت مورثه أعيدت حصته إلى باقي الورثة.

والخلاصة فإن المفقود الذي تثبت حياته بالاستصحاب يعتبر حياً في حق نفسه، وفي حق أمواله فلا تورث عنه، ويعتبر ميتاً بالنسبة للاستحقاق من غيره فلا يورث من هذا الغير وإنما توقف حصته حتى تتبين حاله[١]

ومن الأمثلة على حجية الاستصحاب، ونوع هذه الحجية، لو مات نصراني؛ فجاءت امرأته مسلمة فقالت أسلمت بعد موته فلي الميراث، وقال الورثة أسلمت قبل موته فلا ميراث لك، فالقول للورثة إلا إذا أثبتت بالبينة ما تدعيه.

---

(١) أي يتبين، وثبت موته أو حياته، ويكون موتاً العقود، حقيقة بأن تتحقق وفاته وموته حكماً بأن يحكم الحاكم، باعتباره ميتاً إذا مضى من عمره ما لا يعيش من أقرانه.

ولو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته، وقال الورثة أسلمت بعد موته فالقول للورثة أيضاً، إلا إذا أثبتت بالبينة ما تدعيه[1]

وتوضيح عدم استحقاق الزوجة للميراث من زوجها في الحالتين: إن المرأة التي ادعت أنها أسلمت بعد موت زوجها النصراني فإنها تدعي استحقاقها الإرث، بناءً على الاستصحاب الحقيقي، وهو استمرارها على دين زوجها إلى ما بعد موته، وبالتالي فتستحق منه الميراث، ولكن الاستصحاب أو ما يثبت به لا يصلح حجة لاستحقاق شيء، والورثة يدفعون ادعائها استحقاقها الميراث تمسكاً منهم بالاستصحاب المعكوس ـ أي اعتبار الحال الحاضر قائماً في الماضي ـ أي اعتبار إسلامها كان قائماً قبل موت الزوج بدلالة إسلامها الحاضر، والاستصحاب يكفي حجة للدفع، فكان القول قولهم وعليها إتيان العكس.

أما في الحالة الثانية، حالة موت الرجل المسلم وله امرأة نصرانية، وادعت أنها أسلمت قبل موته وبالتالي فهي تستحق الميراث، وقال الورثة أسلمت بعد موته، فإنه لا يحكم لها بناءً على الاستصحاب المعكوس، وذلك لأنها تريد بهذا الاستصحاب المعكوس استحقاق الإرث، والاستصحاب، أو ما يثبت به لا يصلح حجة للاستحقاق، فيكون القول قول الورثة لأنهم يتمسكون بالاستصحاب الحقيقي وهو بقاؤها على دينها إلى ما بعد موت زوجها، ويدفعون بذلك ادعاءها بالاستحقاق من ميراث زوجها، ويؤيد قولهم أيضاً، قاعدة يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته، حيث أنهم يضيفون إسلامها لأقرب أوقاته أي ما بعد موت الزوج.

٥٧ ـ من مستثنيات القاعدة[2]:

أ ـ المودع إذا ادعى رد الوديعة إلى صاحبها أو ادعى هلاكها بلا تعد منه ولا تقصير، والمالك ينكر فالقول للمودع، مع أن الأصل بقاؤها عنده وذلك

---

(١) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٢٠ ـ ٢١.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص٤٨.

لأن المودع أمين، والأمين إذا ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي والتقصير.

ب ـ لو ادعت امرأة مضي عدتها في مدة تحتمل انقضاء العدة فيها، فالقول قولها بيمينها، مع أن الأصل بقاء العدة بعد ثبوتها، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً فقبل قولها للضرورة.

القاعدة الخامسة عشرة

ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه

٥٨ ـ معنى القاعدة:

هذه المادة من قبيل العمل بالاستصحاب، فهي متحدة مع المادة، «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وعلى هذا: فإذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك له، ما لم يوجد من يزيله.

وهذه العبارة وردت في آخر القاعدة التي نحن بصدد شرحها.

٥٩ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ لو ثبت أن شخصاً ملك شيئاً بالإرث أو بالشراء أو بأي سبب شرعي من أسباب الملك، فإن ذلك الشيء يبقى ملكاً له، ولا يقال أنه يحتمل أن مالكه قد أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة، ولكن لو ثبت أنه خرج عن ملكه فيكون قد وجد حينئذٍ دليل على زوال ملكه، فلا يحكم ببقاء الملك له بل يحكم بزواله.

ب ـ ومن تطبيقات هذه القاعدة ما جاء في المادة ١٦٩٤ من مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها: إذا ادعى واحد ديناً على التركة، وشهد الشهود بأن للمدعي في ذمة الميت قدر ما ادعى من الدين كفى، ولا حاجة إلى التصريح بكونه باقياً في ذمته إلى مماته.

وذلك لأن الدين صار متيقناً في ذمة الميت، فإذا شك في بقائه أو عدمه، فاليقين لا يزول بالشك ولأن الدين حيث ثبت في ذمة الميت لا يحكم بزواله ما لم يثبت الزوال شرعاً لأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه[1]

---

(١) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص١٠١٩.

القاعدة السَّادسة عشرة

الأصل في الصفات العارضة العدم

٦٠ ـ توضيح القاعدة:

الصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الأصل بل حادثة بعده كالربح في شركة المضاربة، والصفة الأصلية حالة توجد مع وجود الأصل كالبكارة في الجارية، فالأصل في الصفات العارضة العدم، أي عدم وجودها، ومن يدعي وجودها فعليه الإثبات، والأصل في الصفات الأصلية الوجود، فمن يدعي عدمها فعليه الإثبات[١]، وعلى هذا يمكن القول بأن الصفات بالنسبة إلى وجودها وعدمها قسمان:

القسم الأول: الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها أو خالياً عنها غالباً، وهذه تسمى الصفات العارضة أو الطارئة، لأنها تحدث بعد وجود الشيء ذاته، والأصل في هذه الصفات العدم، أي عدم وجودها، ومثل هذه الصفات أو يلحق بها أو تنزل منزلتها غيرها من الأمور التي توجد بعد أن لم تكن موجودة كسائر العقود والتصرفات والأفعال، هذا القسم وما ألحق به هو موضوع هذه القاعدة.

القسم الثاني: الصفات التي يكون وجودها في الشيء مع وجوده، أي وجودها مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته، أو مشتمل عليها غالباً وهذه تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود كالبكارة في الجارية، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذٍ البقاء بعد ثبوت وجودها[٢]

---

(١) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٢٢.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٦٠.

٦١ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ لو قال المضارب: لم أربح، فالقول قوله وعلى رب المال إثبات الربح، لأن الأصل عدمه، كذلك لو قال المضارب ربحت كذا وقال رب المال بل ربحت أكثر من ذلك فالقول قول المضارب، وعلى رب المال إثبات زيادة الربح التي يدعيها، لأن الأصل عدم الزائد، وكذا لو قال رب المال للمضارب نهيتك عن شراء كذا، وقال المضارب لم تنهن، فالقول للمضارب، لأن الأصل عدم النهي، وعلى رب المال إثبات ما ادعاه[١]

ب ـ لو ثبت عليه دين بإقراره أو ببينة، فادعى الأداء أو الإبراء فالقول للدائن المنكر للأداء وللإبراء، لأن الأصل عدمها[٢]

ج ـ لو اختلفا في رؤية المبيع، فالقول للمشتري لأن الأصل عدم الرؤية، ولو اختلفا في تغيير المبيع بعد رؤيته فالقول للبائع، لأن الأصل عدم التغيير[٣]

٦٢ ـ من مستثنيات القاعدة[٤]:

أ ـ تصرف الزوج في غلات زوجته، ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها، وأنكر الورثة، فإن القول قوله بيمينه مع أن الأصل عدم الإذن.

ب ـ لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل المال وربحه، وقال رب المال كله أصل المال، فالقول قول المضارب مع أن الأصل عدم الربح.

ج ـ لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم، فادعى الأب أنه أنفق عليهم، فالقول قوله مع اليمين مع أن الأصل عدم الإنفاق.

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٦٩، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٢٢.
(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٧٠.
(٣) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٧٠.
(٤) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٧١ ـ ٧٢.

القاعدة السَّابعة عشرة

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

٦٣ ـ شرح القاعدة:

وقد بينت القاعدة في آخرها المعنى المراد بهذه القاعدة، إذ جاء في آخرها: يعني أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ينسب حدوثه إلى أقرب الأوقات، للحال ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد.

وتعليل ذلك أن الخصمين المختلفين لما اتفقا على حدوث أمر، وادعى أحدهما حدوثه في وقت، وادعى الآخر أنه حدث في وقت أبعد من هذا الوقت، فمعنى ذلك أنهما اتفقا على أنه كان موجوداً في ا لوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بالادعاء أنه كان موجوداً قبل هذا الوقت الأقرب، والآخر ينكر هذا الادعاء، والقول للمنكر[1]

٦٤ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها[2]:

أ ـ أقر أحد بدين لأحد ورثته ثم توفي فادعى باقي الورثة أن الإقرار كان في مرض الموت، وادعى المقر له أنه كان في حال الصحة، فالحكم أن الإقرار ينسب إلى أقرب أوقاته أي إلى وقت مرض الموت، لأن المرض أقرب إلى الموت من حال الصحة، ما لم تثبت صحته إلى زمن بعيد، أي إلى زمن الصحة، ولهذا كان فالقول للورثة مع اليمين والبينة للمقر له.

ب ـ لو قال المحجور بعتك بعد الحجر وقال المشتري بل قبله فالقول

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٧٧.

(٢) سليم باز: المرجع السابق، ص٢٤، الشيخ أحمد الزرقاء، ص٧٧ ـ ٧٨، ابن نجيم: المرجع السابق، ص٧٢.

للمحجور، لأن الأصل إضافة البيع إلى أقرب الأوقات وهو وقت الحجر.

ج ـ إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه طلقها بائناً في مرض موته، فطلاقه لها طلاق فار من ميراثها فترث منه، وقال الورثة: أنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً، فلا ترث، فالقول قول الزوجة، والبينة على الورثة لإثبات ادعاءهم لأن الزوجة تضيف الحادث وهو الطلاق إلى أقرب الأوقات من الوقت الحاضر، وهو زمن المرض.

د ـ مات مسلم وله زوجة نصرانية فجاءت بعد موته، وقالت أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه، وقال الورثة: أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينكما عند موته، فالقول للورثة، والبينة على الزوجة.

هـ ـ أقر لأحد ورثته بدين ثم مات فاختلف المقر له مع الورثة في وقت الإقرار، قالوا آخر وقت مرض موته وقال أقر لي في حال صحته فالقول قول الورثة والبينة على المقر له.

و ـ اشترى شيئاً بشرط الخيار لمدة معينة ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده إلى البائع بخيار الشرط قائلاً: إنه فسخ البيع خلال مدة الخيار، وقال البائع فسخت بعد مضي مدة الخيار، فلا يصح فسخك، فالقول قول البائع لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الوقت الحاضر، وهو بعد مضي مدة الخيار.

٦٥ ـ من مستثنيات القاعدة(١)

أ ـ مات ذمي نصراني، فقالت زوجته أسلمت قبل موته، وقال الورثة أسلمت بعد موته، فالقول قولهم، مع أن القاعدة التي نحن بصددها تقضي أن يكون القول قولها وبه قال الإمام زفر رحمه الله تعالى، وإنما خرجوا عن هذه القاعدة لأجل تحكيم الحال، وهو أن سبب الحرمان من الميراث، وهو اختلاف الدين ثابت في الحال فيثبت في الماضي.

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٧٢ ـ ٧٣، الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٨٠ ـ ٨١.

ب ـ لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً، فقال البائع له: أنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد، وقال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب، فالقول للمشتري بيمينه، وتعليل ذلك أن خيار العيب في هذا المثال قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة، فيقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقيناً لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه، فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المتقرر، فلو طبقنا هذه القاعدة فحكمنا أن القول قول المشتري بناءً على هذه القاعدة، إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن زواله، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره.

ج ـ اشترى شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية، فقال البائع إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري، فالقول للمشتري.

القاعدة الثامنة عشرة

القديم يترك على قدمه

٦٦ ـ معنى القاعدة:

عرَفت المادة ١٦٦ من مجلة الأحكام العدلية القديم بقولها: القديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله.

ومعنى القاعدة أن المتنازع فيه إذا كان قديماً تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم، فيترك على حالته القديمة بلا زيادة ولا نقصان، ولا تغيير ولا تحويل، لأن بقاءه من القديم على هذه الحالة يغلب على الظن بأنه ما وضع على هذه الصورة، وبهذا الحالة إلا بوجه شرعي، ولكن إذا قام الدليل الشرعي على خلاف القديم فالمصير إلى مقتضى هذا الدليل.

٦٧ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ ـ لو كان لدار مسيل على دار الجار يجري من مدة لا يدركها الأقران كان ذلك المسيل قديماً، فليس للجار منعه بل يجب ترك القديم على قدمه[١]

ب ـ ومن تطبيقات هذه القاعدة ما جاء في المادة ١٢٢٤: العبرة للقديم في حق المرور وحق المجري وحق المسيل، يعني نترك هذه الأشياء وتبقى على حالها القديم الذي كانت عليه، لأن القديم يبقى على حاله ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه.

---

(١) سليم باز: المرجع السابق، ص٢١.

القاعدة التاسعة عشرة

الضرر لا يكون قديماً

٦٨ ـ معنى القاعدة ونطاق تطبيقها:

هذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة السابقة التي تقول: (القديم على قدمه) ولهذا قالوا لا عبرة للقديم المخالف للشرع القويم، فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل منه للمارين ضرر فاحش، فلا يعتبر قدمه، ويؤمر صاحبه برفعه، وعلى هذا الأساس جاءت المادة: ١٢١٤ من مجلة الأحكام العدلية وفيها: ترفع الأشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو كانت قديمة، كالشرفة والبروز على الطريق العام للمارين.

وكذلك جاء في المادة ١٢٢٤: أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له. يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا عبرة له وإن كان قديماً بل يزال إذا كان فيه ضرر فاحش، مثلاً إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام، ولو من القديم، وكان به ضرر للمارة فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه.

ويلاحظ في صياغة هذه المادة أنها مرة تصف الضرر الواجب رفعه بأنه ضرر فاحش، ومرة لا تصفه بالفاحش وتأمر برفعه، ويبدو لي أن الأولى أن تحمل عبارة ما فيه ضرر عام على مطلق الضرر، فتجب إزالته ولو كان قديماً، لأن الشرع لا يبيح الضرر العام ولو كان غير فاحش، فكونه ضرراً عاماً فيه دلالة على أنه مخالف للشرع سواء كان ضرراً فاحشا أو غير فاحش أما إذا كان الضرر خاصاً وغير فاحش فإنه يحتمل إن كان قديماً ويترك على قدمه كما جاء في شرح المجلة للأستاذ رستم باز، إذ قال: فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل منه للمارين ضرر فاحش فلا يعتبر قدمه ويؤمر صاحبه برفعه، أما إذا كان ذلك المسيل يجري على منزل رجل وكان قديماً فيترك على

حاله وإن تضرر صاحب المنزل، لأنه يحتمل أن يكون صاحبه قد تملكه بوجه من الوجوه الصحيحة، أما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور إحداث شيء فيه بوجه شرعي[1]، وهذا الكلام يدل على أن الضرر الخاص يترك إن كان قديماً، وغير فاحش، لأن الضرر الفاحش ممنوع شرعاً أن يتسبب فيه الشخص، وإن كان عن طريق تصرّفه بملكه الخاص كمن يحفر بالوعة ملاصقة لجدار جاره، كما يفهم من كلام شارح المجلة، أن الضرر العام يرفع مطلقاً سواء كان فاحشاً أو غير فاحش، قديماً كان أو غير قديم كما تدل عبارته: أما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور إحداث شيء فيه بوجه شرعي.

---

(١) سليم باز: شرح المجلة، ص٢٢.

القاعدة العشرون

المشقة تجلب التيسير

٦٩ ـ معنى القاعدة:

جاء في نفس القاعدة التي نحن بصدد شرحها ما يبين معناها والمقصود منها؛ إذ جاء فيها: المشقة تجلب التيسير يعني، أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسع في وقت الضيق. إلخ، فإذا صار المكلف أو وجد نفسه في حالة يتحمل فيها عنتاً وصعوبة وعناء غير معتادة إذا قام بما هو مكلف به شرعاً، فإن تلك الحالة تصير سبباً شرعياً لتسهيل التكليف عليه على نحو لا يجد في القيام به العناء والصعوبة، كالمريض لا يستطيع الصلاة قائماً، فيصير مرضه سبباً شرعياً للتخفيف عنه بعدم تكليفه بالصلاة قائماً بل بالإذن له والسماح له بأداء الصلاة قاعداً واعتبار صلاته هذه صحيحة ومجزية، كصلاته قائماً في حال صحته.

٧٠ ـ أدلة هذه القاعدة:

والأدلة الشرعية لهذه القاعدة كثيرة جداً، فجميع نصوص القرآن والسنة التي تصرح برفع الحرج عن الناس، وإرادة اليسر بهم، وما جاءت به الشريعة من (الرخص) كلها تدل على أصالة هذه القاعدة ومشروعيتها مما يجعلنا متيقنين بأن الشريعة الإسلامية ليست من مناهجها البتة إرهاق الناس، وتحميلهم ما لا يطيقون، فمن النصوص الدالة على هذه القاعدة ما يأتي:

١ ـ قال تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[١]

٢ ـ وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٢]

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٥.

(٢) سورة الحج: الآية ٧٨.

٣ ـ وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفٗا ۝٢٨﴾[١]

٤ ـ وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾[٢]

٥ ـ وقال البخاري في صحيحه ـ باب الدين يسر، وقول النبي ﷺ: «أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة» ثم أخرج البخاري في هذا الباب حديثاً عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة، وشيء من الدلجة»[٣]، وجاء في شرح الحديث وعنوان بابه: الدين يسر، أي دين الإسلام ذو يسر أو سمي الدين يسراً مبالغةً بالنسبة إلى الأديان قبله، لأن الله تعالى رفع عن هذه الأمة الإصر الذي كان على من قبلهم، وقوله، أحب الدين أي خصال الدين، لأن خصال الدين كلها محبوبة، لكن ما كان فيها سمحاً ـ أي سهلاً ـ فهو أحب إلى الله، وقوله: أحب الدين إلى الله، أي أحب الأديان إلى الله، والمراد بالأديان الشرائع الماضية قبل أن تنسخ أو تبدل.

(الحنيفية): أي ملة إبراهيم (والسمحة) السهلة، أي أنها مبنية على السهولة، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَۚ﴾. وقوله لن يشاد الدين أحد إلا غلبه أي لا يتعمق أحد في الأعمال الدينية ويترك الرفق إلا عجز وانقطع فيغلب «فسددوا» أي الزموا السداد وهو الصواب من غير إفراط ولا تفريط، وقال أهل اللغة: السداد هو التوسط في العمل، «وقاربوا» أي إن لم تستطيعوا الأخذ بالأكمل فاعملوا بما يقرب منه «وأبشروا» أي بالثواب على العمل الدائم، وإن قلَّ «واستعينوا بالغدوة» أي استعينوا على مداومة العبادة بإيقاعها في الأوقات المنشطة، و«الغدوة» «السير أول النهار» و«الروحة» السير بعد الزوال[٤]

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٣) صحيح البخاري، بشرح العسقلاني، ج١، ص٩٣.

(٤) شرح العسقلاني، في صحيح البخاري، ج١، ص٩٢ ـ ٩٣.

٧١ ـ أهمية هذه القاعدة:

قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته[١]، وقد أرجع بعض علماء الشافعية جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد هي:

١ ـ اليقين، لا يزال بالشك.

٢ ـ المشقة تجلب التيسير.

٣ ـ الضرر يزال.

٤ ـ العادة محكمة.

وأضاف بعضهم إلى هذه القواعد قاعدة خامسة هي: الأمور بمقاصدها، التي قال البعض عنها بأن الإمام الشافعي قال بحقها: يدخل في هذه القاعدة ثلث العلم[٢]

٧٢ ـ أنواع المشاق من جهة مدى شمولها بالقاعدة[٣]

المشاق قسمان:

أحدهما: مشقة لا تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً كمشقة الوضوء والغسل في البرد، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج والجهاد عنها، ومشقة ألم الحد ورجم الزناة، وقتل الجناة، وقتل البغاة، فهذا القسم من المشاق لا أثر له في إسقاط العبادات، وبالتالي فلا تشمله هذه القاعدة: المشقة تجلب التيسير.

والقسم الثاني: مشقة تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً، وهي أنواع:

النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس، والأطراف ومنافع الأطراف، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص، لأن حفظ

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٨٤، السيوطي: المرجع السابق، ص١٠٤.

(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥ ـ ١٦.

(٣) قواعد الأحكام الفقهية عز الدين بن عبد السلام ج٢، ص٧ ـ ٨، ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٠ ـ ٩٢.

النفوس والأطراف لحفظ مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات، ثم تفوت أمثالها، فهذا النوع من المشاق تشمله القاعدة، قاعدة المشقة تجلب التخفيف.

النوع الثاني: مشقة خفيفة كأدنى وجع في إصبع أو أدنى صداع، أو سوء مزاج خفيف، فهذا النوع لا اعتبار له ولا يوجب التخفيف والتسهيل لأن تحصيل مصالح القيام بالتكاليف الشرعية أولى من رفع مثل هذا النوع من المشاق، وبالتالي فهذا النوع من المشاق لا تشمله القاعدة.

النوع الثالث: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين مختلفة في الخفة والشدة، فما دنا منها من المشقة العليا (من النوع الأول) أوجب التخفيف، وما دنا منها من المشقة الدنيا (من النوع الثاني) لم يوجب التخفيف إلا عند أهل الظاهر كالحمَّى الخفيفة ووجع الضرس اليسير، وما وقع بين هاتين الرتبتين (النوع الأول والنوع الثاني) مختلف فيه، منهم من يلحقه بالنوع الأول، فتشمله القاعدة، قاعدة المشقة تجلب التيسير، ومنهم من يلحقه بالنوع الثاني، فلا تشمله القاعدة، ولكن كلما كانت المشقة أقرب إلى النوع الأول كانت أولى بجلب التخفيف، فتشملها القاعدة، وكلما كانت أقرب إلى النوع الثاني كانت أولى بعدم التخفيف وبعدم شمولها بالقاعدة.

٧٣ ـ أسباب المشقة المعتبرة:

ذكر الفقهاء للمشقة المعتبرة أسباب هي: أسباب يجعل الشرع إذا وجدت اعتبر وجودها علامة على وجود المشقة التي تقتضي التيسير فتشملها قاعدة: المشقة تجلب التيسير، وهذه الأسباب هي: السفر، المرض، الإكراه، النسيان، الجهل، العسر، وعموم البلوى، النقص.

ونذكر فيما يلي بعض فروع وتطبيقات كل سبب من هذه الأسباب.

٧٤ ـ أولاً السفر:

السفر مظنة المشقة، فهو سببها، وهذه المشقة تجلب التخفيف ومن هذه التخفيفات: قصر الصلاة، وجمعها، والفطر في رمضان، وصلاة النفل على

الدابة، وجواز ترك صلاة الجمعة، والقرعة بين نسائه، لتصحبه في سفره من تخرج قرعتها[1]

ومنها أيضاً[2]:

أ ـ جواز بيع الإنسان مال رفيقه، وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في السفر ولا قاضٍ ثمة.

ب ـ جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر.

ج ـ جواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة.

د ـ جواز كتابة القاضي إلى القاضي في بلد المدعي عليه بشهادة شهود المدعي عنده.

٧٥ ـ ثانياً المرض[3]:

ورخصه وتخفيفاته كثيرة، نذكر منها ما يأتي:

أ ـ التيمم عند الخوف على نفسه أو على عضوه أو من زيادة المرض أو بطء برئه.

ب ـ القعود في صلاة الفرض والاضطجاع فيها، والإيماء، والفطر في رمضان، والاستنابة في الحج وفي رمي الجمرات، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية، والتداوي بالنجاسات وإساغة اللقمة بالخمر إذا غص وإباحة النظر للطبيب للعورة والسوأتين لضرورة العلاج.

٧٦ ـ ثالثاً الإكراه:

الإكراه من العوارض المكتسبة، وعرفه بعضهم بأنه حمل الغير على أن

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٨٤، السيوطي: المرجع السابق، ص١٠٤، قواعد ابن رجب، ص٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٠٥ ـ ١٠٦.

(٣) ابن نجيم: ص٨٤ ـ ٥٨٦، السيوطي: ص١٠٤ ـ ١٠٥.

يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه[1]، وعرفه آخرون بأنه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف بقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفاً به[2]

وهو نوعان؛

الأول: الإكراه الملجئ وهو الذي يكون بالتهديد بإتلاف النفس أو بعضو منها، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعاً لها، ومن الإكراه: التهديد بإتلاف جميع المال أو بقتل من يهم الإنسان أمره.

والثاني: الإكراه غير الملجئ وهو يكون بأن لا يتلف النفس أو عضواً منه، كالضرب المبرح والحبس، ونحو ذلك[3]

٧٧ ـ شروط تحقق الإكراه[4]:

يشترط لتحقق الإكراه الذي يؤثر في تصرفات المكره أن يكون المكره «الحامل» متمكناً من إيقاع ما هدد به وإن يكون المكره «الفاعل» وهو الذي يقع عليه الإكراه، خائفاً من هذا التهديد وأن يفعل ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف، وأن يكون المكره به أي ما هدد به ضرراً يلحق النفس بإتلافها أو بإتلاف عضوٍ منها، أو بدون ذلك كالضرب الشديد الذي لا يطاق ونحو ذلك، وكذلك بالتهديد بإتلاف عضوٍ منها، أو بدون ذلك كالضرب الشديد الذي لا يطاق ونحو ذلك، وكذلك بالتهديد بإتلاف المال إذا لم يكن قليلاً والتهديد بإلحاق الضرر الشديد بمن يهم المكره أمره.

٧٨ ـ أثر الإكراه في تصرفات المكره[5]:

أ ـ بالنسبة للأقوال:

عند جمهور الفقهاء لا يترتب على قول المكره حكم بل تهدر أقواله، فلا

---

(١) النبوع، ج٢، ص١٩٦.

(٢) كشف الأسرار، ج٤، ص١٥٠٣.

(٣) الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، ص١٣٦ ـ ١٣٧.

(٤) الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، ص١٣٥.

(٥) كتابنا الوجيز في أصول الفقه، ص١٣٧ ـ ١٤٢.

يقع طلاقه ولا بيعه ولا أي تصرف قولي آخر، كما لا يعتبر ما نطق به من كفرٍ مع اطمئنان قلبه بالإيمان، قال تعالى عن المكره على التلفظ بالكفر: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان».

وفي الحديث النبوي الشريف: إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

ب ـ أثر الإكراه بالنسبة للأفعال:

الأفعال التي أباح الشرع الإسلامي مباشرتها عند الضرورة كشرب الخمر وأكل الميتة، فهذا يباح للمكره «الفاعل» مباشرتها، بل يجب عليه مباشرتها، فإذا امتنع منها أثم لأن الله تعالى أباحها له، وتناول المباح دفعاً للهلاك عن النفس واجب لا يجوز تركه، وهناك أفعال يرخص في فعلها عند الضرورة فيجوز فعلها للمكره، لأنه في حالة ضرورة، وإذا امتنع عنها لم يؤثم بل يؤجر على امتناعه وإن كان في امتناعه هلاك نفسه، مثل إكراهه على أفعال الكفر، وقلبه مطمئن بالإيمان كالسجود لصنم، ومن هذا النوع من الأفعال إتلاف مال الغير، فإن فعله جاز ذلك والضمان على المكره «الحامل» لا على المكره الفاعل، وهناك أفعال لا يجوز فعلها، ولو أكره عليها كقتل النفس، فلا يجوز للمكره أن يقتل غيره لينجو هو من القتل الذي هدد به إن لم يقتل البريء، لأنه لا يجوز للإنسان أن يرفع الضرر عنه نفسه بإلحاق الضرر بغيره، فإن فعله كان آثماً، وعليه وعلى المكره القصاص، وهذا عند الجمهور، وأما عند الحنفية فالقصاص على الحامل لا على الفاعل، لأنه صار كالآلة بيد الحامل «المكره» والقصاص على مستعمل الآلة لا على الآلة.

٧٨ ـ رابعاً النسيان(١):

النسيان هو عدم تذكر الشيء وقت حاجته إليه، واتفق العلماء على أنه مسقط للإثم مطلقاً أي سواء كان في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد للحديث النبوي الشريف: «إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٣٦٠.

ومما يسقط حكمه بالنسيان لو أكل الصائم أو شرب ناسياً لم يبطل صومه، أو نسي المديون الدين حتى مات، فإن كان ثمن مبيع أو قرض لم يؤاخذ به، وإن كان غصباً يؤاخذ به، وقد يكون النسيان شبهة تدرأ عنه عقوبة الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

٨٠ ـ خامساً: الجهل[١]:

الجهل وهو عدم العلم ممن شأنه أن يعلم، وهو قد يجلب التيسير، ومن تخفيفاته وتيسيراته ما يأتي:

أ ـ جهل الشفيع بالبيع عذر في تأخير طلب الشفعة.

ب ـ جهل الوكيل أو القاضي العزل، أو المحجور بالحجر عذر في جعل تصرفاتهم صحيحة إلى أن يعلموا بذلك.

ج ـ الجهل بكونه مال الغير يرفع الإثم لا الضمان.

د ـ إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمداً ثم قتله الباقون، إن علم أن عفو البعض يسقط القصاص، اقتص منه، وإن جهل ذلك لم يقتص منه، لأن هذا يجهله الناس.

هـ ـ لو كان في المبيع ما يشتبه على الناس كونه عيباً، واشتراه المشتري عالماً به وجهل أنه عيب ثم علم أنه عيب فإنه له رده ولا يعتبر إطلاعه عليه حين الشراء رضاً بالعيب.

ع ـ العفو عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً، كالتناقض في النسب والطلاق كما لو ادعى أحد على آخر أنه أبوه فأنكر المدعى عليه بنوته، ثم عاد وقال أنه ابنه يثبت النسب، ولو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ثم ادعت أنه طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأثبتت ذلك فإنها تسترد البدل ويغتفر تناقضها في إقدامها على الخلع ثم ادعائها الطلاق الثلاث، لأن الطلاق فعل الغير، فإن

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٣٦١ ـ ٣٦٣، الشيخ أحمد الزرقاء، ص١٠٧ ـ ١٠٨.

الزوج يستبد به بدون علمها فكانت معذورة بجهلها الطلاق.

ح ـ من أسلم في دار الحرب ولم تبلغه أحكام الشريعة، فباشر المحرمات جاهلاً حرمتها يعذر لجهله.

٨١ ـ سادساً: العسر وعموم البلوى:

وهذا السبب من موجبات التيسير والتخفيف لأنه من أسباب المشقة كالأسباب التي تكلمنا عنها في الفقرات السابقة، والمراد بالعسر صعوبة تجنب الشيء ومن عموم البلوى شيوع ما يتعرض له الإنسان بحيث يصعب التخلص منه[١]، ومن التخفيفات لهذا السبب[٢]، الصلاة مع أثر نجاسة عسر زواله، ودم البراغيث، والبق في الثوب وإن كثر، وبول ترشش على الثوب قدر رؤوس الإبر، وطين الشوارع، وخرء حمام وعصفور وإن كثر.

و ـ وقليل الدخان النجس، والعفو عن الريح والفساء، إذا أصاب السراويل المبتلة أو المعقودة، ومشروعية الاستنجاء بالحجر مع أنه ليس بمزيل، ومس المصحف للصبيان مع حدثهم للتعلم، ومسح الخف في الحضر لمشقة نزعه في كل وضوء ومن ثم وجب نزعه للغسل لعدم التكرر، وإن الماء يبقى على طهارته ولا يضره التغير بالمكث والطين والطحالب وكل ما يعسر صونه عنه وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الجمعة والحج على الأعمى وإن وجد قائداً دفعاً للمشقة عنه.

ومن تطبيقات هذا السبب أيضاً:

إنه لا يحكم على الماء بأنه مستعمل ما دام متردداً على العضو، والجمع بعذر المطر، ومنها أيضاً عدم وجوب قضاء الصلوات على الحائض، لتكررها بخلاف الصوم ولكون الصوم في السنة شهراً، والحج في العمرة مرة والزكاة ربع العشر تيسيراً وتخفيفاً على المكلفين بهذه العبادات.

---

(١) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص٤٣٥.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٨٥ ـ ٩٠، السيوطي، ص١٠٥ ـ ١٠٧.

وجواز أكل مال الغير للمضطر مع دفع الضمان، وإباحة لبس الحرير للحكة والقتال، وبيع الموصوف في الذمة كالمسلم، فقد جوز على خلاف القياس دفعاً لحاجة المفاليس.

ومشروعية خيار الشرط في البيع ونحوه للتروي ودفعاً للندم، ومن ذلك أيضاً ما أفتى به بعض الفقهاء لرد المبيع بخيار العين الفاحش، إذا كان فيه تغرير رحمة بالمشتري ومنه الرد بالعيب، وشرعة المضاربة للمشقة العظيمة في أن كل واحد لا يتعاطى أموره إلا بنفسه، ولا يستثمر ماله إلا بنفسه، ومن التخفيف جواز العقود غير اللازمة لأن لزومها شاق، فتكون سبباً لعدم تعاطيها، ووقفنا عزل الوكيل على علمه دفعاً للحرج عنه، وكذا عزل القاضي، ومن التخفيف لهذا السبب إباحة نظر الطبيب لعورة المنظور إليه لحاجة التطبيب والعلاج، وجواز رؤية المخطوبة، وصحة النكاح من غير نظر المخطوبة مما في اشتراطه من المشقة التي لا يتحملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر خاطب، فكان التيسير فيه عدم ثبوت خيار الرؤية فيه بخلاف البيع فإنه يصح قبل الرؤية وله الخيار لعدم المشقة ومن ذلك أيضاً إباحة الزواج بأربع نسوة فلم يقتصر الشرع في إباحة الزواج على واحدة تيسيراً على الرجل وعلى النساء أيضاً لكثرتهم ولم يزد على أربعة لما فيه من المشقة على الرجل في القسم وغيره، وشرع الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع والافتداء، والرجعة في العدة قبل الطلاق الثالث، ولم يشرع دائماً لما فيه من المشقة على الزوجة.

ومن التخفيف لهذا السبب:

إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق عليهم وعسر الوصول إليه.

وجوز أبو يوسف استبدال الوقف عند الحاجة إليه بلا شرط وجوزه مع الشرط ترغيباً في الوقف وتيسيراً على المسلمين، ومنه أيضاً مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه في حياته، والوجه في اعتبار تشريع جواز الوصية عند الموت، على ما أرى، أن التفريط في حال حياته من الأمور الكثيرة الوقوع في الناس فلو منع الإنسان من الوصية عند الموت لكان في ذلك

عسر ومشقة عليه، فكان في جوازها فرصة له لتدارك ما كان مما كان عليه فعله، ولكن منع من الوصية بأكثر من الثلث وإيقاف ما زاد عليه على إجازة الورثة منعاً للضرر عن الورثة والضرر أمر شاق وعسير على الورثة.

٨٢ ـ سابعاً: النقص[١]:

ويراد بالنقص ما يوجد في الإنسان من حالة أو وصف من شأنها عدم قدرته على القيام ببعض التكاليف الشرعية التي يكلف به غيره الذي لا توجد فيه تلك الحالة أو الوصف مما يجعل تكليف من به هذا الذي يعتبر نقصاً فيه مرهقاً وشاقاً له، مما استوجب التخفيف والتيسير على صاحب هذا النقص، ومثلوا بذلك النساء والصبيان والعميان ونحوهم، فبالنسبة للمرأة خفف عنها بعدم تكليفها بكثير مما كلف به الرجل كصلاة الجماعة والجمعة والجهاد بالقتال، وتحمل العقل أي الاشتراك في دفع الدية عند وجوبها، وإباحة لبس الحرير لها والتحليل بالذهب مع حظر ذلك على الرجل، لما في إيجاب هذه الأشياء الواجبة على الرجل وفي منعها عما منع عنه الرجل من مشقة وعنت عليها، وبالنسبة للصبي ومن في حكمه، كالمجنون، لم يكلفوا بما كلف به الرجل البالغ العاقل لما في تكليفهم مع وجود هذا النقص فيهم من مشقة لهم وعنت كبير.

وبالنسبة للأعمى لم يجب عليه الجهاد بالقتال ولا صلاة الجمعة وغير ذلك من التخفيفات دفعاً للحرج والمشقة عنه.

٨٣ ـ أنواع التخفيفات[٢]:

تخفيفات الشرع أنواع:

الأول: تخفيف إسقاط، كإسقاط العبادات غند وجود أعذارها.

الثاني: تخفيف تنقيص كالقصر في الصلاة.

---

(١) ابن نجيم، ص٩٠، السيوطي، ص١٠٨.

(٢) ابن نجيم، ص٩٢.

الثالث: تخفيف إبدال، كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، والقيام بالقعود والاضطجاع، والركوع والسجود بالإيماء، والصيام بالإطعام.

الرابع: تخفيف تقديم كالجمع بعرفات، وتقديم الزكاة قبل مضي الحول.

الخامس: تخفيف تأخير كالجمع في مزدلفة، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق ونحوه.

السادس: تخفيف ترخيص كشرب الخمر للغصة، وأكل الميتة للمضطر.

السابع: تخفيف تغيير كتغيير نظم أي كيفية الصلاة للخوف.

القاعدة الحادية والعشرون

إذا ضاق الأمر اتسع

٨٤ ـ شرح القاعدة:

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا دعت الضرورة أو المشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع أي تجوز فيه الرخصة والتسهيل، إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة والمشقة التي دعت إلى اتساع الأمر والأخذ بالرخصة والتخفيف عاد الأمر كما كان عليه وهذا ما قضت به القاعدة الأخرى التي هي مكملة لهذه القاعدة وهي: «إذا اتسع ضاق» أي وإذا اتسع الأمر لضيق فإنه يعود لحاله الأول، إذا زال ما دعى إلى اتساعه[١]

٨٥ ـ هل هذه القاعدة بمعنى «المشقة تجلب التيسير»[٢]:

قال الإمام السيوطي: وبمعنى هذه القاعدة: «المشقة تجلب التيسير» قول الشافعي رضي الله عنه: «إذا ضاق الأمر اتسع» وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع:

أحدها: فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلاً يجوز محتجاً بـ «إذا ضاق الأمر اتسع».

الثانية: في أواني الخزف المعمولة بالسرجين أيجوز الوضوء منها؟ فقال الشافعي: إذا ضاق الأمر اتسع.

الثالثة: إن الشافعي سُئِل عن الذباب يقف على غائط ثم يقع على الثوب فقال: إن كان في طيرانه ما يجَف فيه رجلاه وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع.

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١١١.

(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص١١١.

٨٦ ـ القاعدة من جزئيات (المشقة تجلب التيسير):

والواقع أن قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع يمكن اعتبارها من جزيئات أو فروع القاعدة السابقة: «المشقة تجلب التيسير» بل إن هذه القاعدة جزء من قاعدة حيث إن بعضهم يذكرها بقوله: (إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق) بل إن هذه العبارة يمكن اعتبارها قاعدتين بدلاً عن اعتبارها قاعدة ذات جزئين.

٨٧ ـ من أمثلة وتطبيقات هذه القاعدة:

أ ـ ومن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، فالمدين المعسر الذي لا كفيل له بالمال يرخص له بالتأدية إلى حين الميسرة والمدين العاجز عن دفع الدين دفعة واحدة يرخص له بتأديته مقسطاً[(١)]

ب ـ نصت المادة ٩١٦ من مجلة الأحكام العدلية إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال فينظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه.

ج ـ جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل، عند فقد العدالة أو ندرتها[(٢)] لأن التمسك بشرط العدالة في الشاهد مع فقدها في الناس مشقة وعنت تقتضيان الترخيص.

د ـ جواز دفع الصائل والسارق والباغي بما يندفع شرهم ولو بالقتل[(٣)]، لأنه إذا لم نجوز لهم هذا الدفع المشروع حملناهم مشقة هائلة وعنتاً شديداً، وحملناهم على الاستسلام والخضوع للظلمة المعتدين المفسدين، والله لا يحب الظالمين والمعتدين والمفسدين.

---

(١) شرح المجلة، للأستاذ سليم رستم باز، ص٢٨.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١١١ ـ ١١٢.

(٣) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١١١ ـ ١١٢.

القاعدة الثانية والعشرون

الضرورات تبيح المحظورات

٨٨ ـ تعريف الضرورات والمحظورات:

الضرورات جمع ضرورة، وهي في اللغة شدة الحال وهي اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حملتني الضرورة على كذا وكذا، واضطر فلان إلى كذا وكذا، والاضطرار معناه الاحتياج إلى الشيء[(١)]

والضرورة في الاصطلاح الشرعي: الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً[(٢)]

وعرفها بعض الفقهاء بأنها بلوغ الإنسان حداً أن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب[(٣)]

أما المحظورات فهي الممنوعة شرعاً، أي المحرمة شرعاً.

٨٩ ـ معنى القاعدة:

والمعنى العام للقاعدة أن حالة الضرورة التي يكون الإنسان فيها تبيح له تناول المحرم عليه شرعاً، وفق شروط وقيود سنذكرها إذ أن هذه الإباحة التي تجلبها حالة الضرورة ليست على عمومها، ولا على إطلاقها كما سنبين ذلك إن شاء الله تعالى.

٩٠ ـ دليل القاعدة:

أما دليل هذه القاعدة: فالنصوص الكثيرة في كتاب الله العزيز منها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَامَنُوا۟ بِمِثْلِ مَآ ءَامَنتُم بِهِۦ فَقَدِ ٱهْتَدَوا۟ ۖ وَّإِن تَوَلَّوْا۟ فَإِنَّمَا هُمْ فِى شِقَاقٍ ۖ

---

(١) لسان العرب، لابن منظور، ج٤، ص٤٨٣.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية، للفقيه الأستاذ علي حيدر أفندي، ج١، ص٣٤٤.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص١١٤.

نَسَيَكْفِيكَهُمُ ٱللَّهُۚ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴿١٣٧﴾﴾[1]، وجاء في تفسير هذه الآية: «فمن اضطر» إلى شيء من هذه المحرمات، والمضطر هو المكلف بالشيء الملجأ إليه المكره عليه، والمراد هنا من خاف التلف، والمضطر أما بإكراه أو بجوع في مخمصة.. إلخ[2]

٩١ ـ ما تبيحه الضرورة من المحظورات، وما لا تبيحه:

حالة الضرورة لا تبيح للمضطر صاحب الضرورة جميع المحظورات بل بعضها. وتفصيل ذلك ما يأتي:

٩٢ ـ أولاً: المحرمات من مطعوم ومشروب:

يباح للمضطر تناولها دفعاً للهلاك عن نفس المضطر، وقد ذكرنا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾﴾.

وقول المفسرين أيضاً في هذه الآية قول الإمام القرطبي: فأباح الله في حالة الاضطرار أكل جميع المحرمات، لعجزه في جميع المباحات[3]

وقال أيضاً في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِۗ﴾ يريد من جميع ما حرم، كالميتة وغيرها[4]، وقال ابن قدامة الحنبلي في المغني بعد أن بين إباحة الأكل من الميتة عند الاضطرار: «وكذلك سائر المحرمات»[5]

٩٣ ـ ثانياً:

وبالنسبة للاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها في حالة المرض كالنظر إلى العورات ولمسها، فالقاعدة هنا الجواز مع بعض التحفظات

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٢) تفسير فتح البيان، تأليف العلامة صديق حسن خان، ج١، ص٣٤٤.

(٣) تفسير القرطبي، ج٢، ص٢٣٢.

(٤) تفسير القرطبي، ج٧، ص٣/١.

(٥) المغني لابن قدامة الحنبلي، ج٢، ص٥٩٥.

عند بعض الفقهاء[1]

٩٤ ـ ثالثاً:

إباحة النطق بالكفر عند الاضطرار إليه بالتهديد بالقتل إن لم ينطق المكره بذلك، والأصل في جواز ذلك للضرورة، لقوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦﴾[2] وقد قال أهل التفسير في هذه الآية نزلت في عمار بن ياسر، أخذه المشركون وأباه وأمه وأخذوا يعذبونهم ويكرهونهم على الكفر، فأعطاهم عمار بعض ما أرادوا بلسانه مكرهاً، فشكا ذلك إلى الرسول، فقال له: «كيف تجد قلبك»..؟ قال مطمئن بالإيمان، فقال عليه الصلاة والسلام: فإن عادوا فعد[3]

علماً بأن النطق بالكفر عند ضرورة الإكراه رخصة لا عزيمة، لأن العزيمة عدم النطق بالكفر، ولو أدى إلى موت المكره، والنطق بكلمة الكفر للضرورة مع اطمئنان القلب بالإيمان هو نطق للضرورة فهو رخصة، والأخذ بالعزيمة لمن استطاعها أولى، وإذا قتل بسببها فهو شهيد، لأنه موت في سبيل الله فهو ضرب من ضروب الجهاد بالنفس، والمقتول في هذا الجهاد شهيد باتفاق الفقهاء[4]

٩٥ ـ رابعاً: جواز الكذب والحلف عليه عند الضرورة:

الكذب حرام في شرع الإسلام، فإذا كان مع الحلف كان أشد تحريماً، ولكن مع هذا يجوز الكذب والحلف عليه لضرورة تخليص نفس بريئة من الهلاك أو امرأة من الزنا بها أو مال معصوم من الغضب، فلو طارد ظالم باغ بريئاً يريد قتله، أو امرأة يريد الزنا بها فاختفيا عند أحد من الناس، جاز لهذا إنكار وجودهما عنده، والحلف على ذلك، وكذلك يجوز للوديع إنكار الوديعة

---

(١) انظر كتابنا مجموعة بحوث فقهية، ص١٦٣ وما بعدها.

(٢) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٣) تفسير القرطبي، ج١، ص١٨٠.

(٤) تفسير القرطبي، ج١٠، ص١٨٢.

والحلف على إنكاره إذا طلبها ظالم متغلب باغ، لأن مفسدة الكذب أهون من مفسدة القتل والزنا وغصب المال والضرورات تبيح المحظورات، والضرر الأشد يدفع بتحمل الضرر الأخف، بل إن الكذب في هذا الموطن واجب دفعاً للإثم، قال الإمام عز الدين بن عبد السلام: ولو صدق في هذه المواطن ـ التي ذكرناها ـ لأثم أثم المتسبب إلى تحقيق هذه المفاسد[1]

٩٦ ـ خامساً: أخذ مال الغير للضرورة:

ويجوز عند الضرورة أخذ مال الغير أو إتلافه بل وأخذه قهراً وجبراً على صاحبه إذا امتنع من بذله، ولم يكن بحاجة إليه، وعلى المضطر أن يدفع ثمن ما أخذه من مال الغير بسبب الضرورة، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير[2]

٩٧ ـ سادساً: الضرورة لا تبيح قتل النفس:

ولا تبيح حالة الضرورة قتل نفس بريئة، أو على فعل الفاحشة بامرأة، فلو أكره شخص على ذلك بالتهديد بالقتل، إن لم يفعل ما أكره عليه من قتل معصوم الدم أو الزنا بامرأة، لم يجز له فعل ذلك، وتعليل ذلك أن نفس البريء معصومة كنفس المكره، وليس إبقاء حياته وتخليصها من الهلاك بأولى من إبقاء حياة غيره، فيكون قتله هذا الغير بغير حق، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾، وكونه مضطراً إلى إتلاف نفس الغير إبقاءً لحياته لا يبرر له هذا الاضطرار ارتكاب هذه الجريمة، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير بالحياة.

وكذلك لا يجوز للمكره على الزنا ارتكاب هذه الفاحشة بحجة اضطراره إليها بإكراهه عليها بالقتل، إن لم يفعل، لأن الزنا لا يباح للرجل لا بالإكراه ولا بغيره وإذا فعله فهو آثم[3]، ولكن المرأة إذا أكرهت إكراهاً ملجئاً على

---

(١) عز الدين بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج١، ص١٠٧.

(٢) كتابنا مجموعة بحوث فقهية، ص١٩٧، وما بعدها.

(٣) زاد المسير في علم التفسير لأبي الفراج ابن الجوزي، ج٤، ص٤٩٧، تفسير القرطبي، ج١٠، ص١٨٣، بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص١٧٧، القواعد لابن رجب، ص٢٨٧.

الزنا، ولم تستطع دفعه وسعها أن تمكن من نفسها[1]، ووجه الفرق بين الرجل والمرأة: أن الرجل مباشر لفعل الزنا مستعمل آلته في ذلك، وحرمة الزنا حرمة تامة لا تزول في حالة الإكراه بالقتل، ولا يسقط الإثم عن مرتكبه، أما المرأة فهي مفعول بها وليس من جهتها مباشرة الفعل، وإنما الذي منها هو التمكين فقط من ذلك بالاستسلام و العجز عن الامتناع وتركه، وفي حالة الضرورة يجوز ترك الامتناع بلا إثم كما في تارك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عند خوف الهلاك على النفس، يجوز ذلك للتارك ولا إثم عليه[2]

٩٨ ـ ومن أمثلة وتطبيقات القاعدة:

أولاً: من شرح مجلة الأحكام العدلية[3]: يسوغ لأولياء الأمور هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانه، كما يسوغ لهم منع المصاب بالأمراض الوبائية من مخالطة الناس خوفاً من سريان المرض إليهم، وجواز أخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه، أو أخذه وبيعه جبراً عليه تسديداً لدينه.

ثانياً: ومما ذكره ابن نجيم والسيوطي[4] يجوز أكل الميتة عند المخمصة، وإساغة اللقمة بالخمر، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.

٩٩ ـ تقييد الشافعية للقاعدة:

ويقيد الشافعة قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) بقولهم: «بشرط عدم نقصانها عنها» ومرادهم بهذا القيد أن لا تكون مفسدة إباحة المحظورات أعظم من مفسدة حالة الضرورة التي يراد دفعها بفعل المحظور، ومثلوا لذلك بقولهم «كما لو أكره على القتل أو الزنا، فلا يباح واحد منهما بالإكراه، لما فيها من

---

(١) المبسوط للسرخسي، ج٢٤، ص١٥٤.

(٢) المبسوط للسرخسي، ج٢٤، ص١٣٨.

(٣) سليم رستم باز: في شرحه لمجلة الأحكام العدلية، ص٣٠.

(٤) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٤، السيوطي: المرجع السابق، ص١١٢.

المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليها، وكما لو دفن بغير تكفين فلا ينبش، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه[1].

١٠٠ ـ رأي ابن نجيم في تقييد الشافعية:

إن ابن نجيم الحنفي لم يعتبر ما ذكره الشافعية قيداً حقيقياً للقاعدة، فقد قال رحمه الله تعقيباً على هذا القيد: ولكن ذكر أصحابنا رحمهم الله ما يفيده فإنهم قالوا: ثم ذكر الأمثلة التي ذكرناها عن الشافعية، والتي قالها الأحناف نفسهم، وزاد عليها ابن نجيم بقوله: وكذا قالوا ـ أي الحنفية ـ لو دفن بلا غسل وأهيل عليه التراب، صلي على قبره ولا يخرج[2].

(١) ابن نجيم، ص٩٥.

(٢) ابن نجيم، ص٩٥.

القاعدة الثالثة والعشرون

الضرورات تقدر بقدرها

١٠١ ـ معنى هذه القاعدة:

هذه القاعدة توضح القاعدة السابقة «الضرورات تبيح المحظورات» وتبين بدقة المقصود منها والمقدار الذي تبيحه الضرورة من المحظورات الشرعية، لأن إباحة المحظورات لمعالجة حالة صعبة للمكلف؛ لا يمكنه تحملها وتعرض نفسه للهلاك أو عرضه للانتهاك أو ماله للغصب، وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز أن يباح من المحظور الشرعي إلا المقدار الذي تندفع به حالة الضرورة فقط، دون توسع في استباحة هذا المحظور الشرعي.

١٠٢ ـ أمثلة وتطبيقات القاعدة:

الجبيرة يجب أن لا تستر من العضو إلا بقدر ما لا بد منه، والطبيب إنما ينظر إلى العورة بقدر ما تستوجبه الضرورة، ضرورة المعالجة[١]، والمجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها، والمضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر سد الرمق، ومن استشير في خاطب اكتفى بالتعريض كقوله: لا يصلح لك، ولم يعدل إلى التصريح.

ولو فصد أجنبي امرأة وجب أن تستر جميع ساعدها، ولا يكشف إلا ما لا بد منه للفصد[٢]، وتقبل شهادة النساء في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها، وذلك للضرورة، ولكن لا تقبل شهادة النساء فقط دون أن يكون معهن أحد من الرجال في المواضع التي يمكن اطلاع الرجال عليها، لأن ما

(١) ابن نجيم، ص٩٥.

(٢) السيوطي، ص١١٣ ـ ١١٤.

جاز للضرورة يقدر بقدرها[1]

ومن تطبيقات هذه القاعدة، ماجاء في المادة ١٢٠٢ من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: «رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار أو المطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنساء جاره سواء كان ملاصقاً أو بينهما طريق فاصل فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر، إما ببناء حائط أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية».

ويلاحظ هنا في تطبيق هذه المادة أن لا فرق هنا بأن يكون الضرر دائماً أو غير دائم، كما لو أحدث شباكاً يطل عى حجرة من الدار يسكنها النساء في الشتاء فقط دون الصيف أو في الليل دون النهار[2].

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٠.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٦٦١.

القاعدة الرابعة والعشرون

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة

١٠٣ ـ معنى القاعدة:

الحاجة دون الضرورة، وأن الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه من المحظورات الشرعية، أما الحاجة فهي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً لرفع الضيق الذي يجده المكلف، وإن لم يصل إلى الضيق الذي تسببه حالة الضرورة، فهي دون الضرورة من هذه الجهة، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمراً، بينهما الحكم الثابت للضرورة هو حكم مؤقت، وتنزيل الحاجة منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً، وهذا الحكم يناسب كلاً منهما، والظاهر أن ما يجوز للحاجة، إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد فيه نظيره؛ وارداً فيه[١]

١٠٤ ـ الحاجة العامة والخاصة:

الحاجة العامة هي التي تخص ناساً دون ناس ولا قطراً دون قطر، بل تعمهم جمعاً كالحاجة إلى الإيجار والاستئجار، والخاصة هي التي تختص بناس دون ناس أو بفئةٍ دون فئة أو صنف دون صنف كحاجة التجار إلى اعتبار البيع (بالنموذج) مسقطاً لخيار الرؤية[٢]

١٠٥ ـ تطبيقات القاعدة[٣]:

أ ـ تجويز الإجارة فإنها جوزت بالنص على خلاف القياس للحاجة إليها،

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٥٥.

(٢) أستاذنا منير القاضي: المرجع السابق، ص٩١.

(٣) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١٥٦ ـ ١٥٨، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية تأليف الشيخ محمد صدقي البرونو، ص٢٤٢ ـ ٢٤٣.

وهي حاجة عامة، وتجويز السلم فإنه جوز بالنص على خلاف القياس للحاجة إليه.

ب ـ تجويزهم استئجار السمسار على أنه له في كل مائة كذا، فإن القياس يمنعه ويستحق أجر المثل، ولكن أجيز للتعامل به.

ج ـ ومنه استئجار المرضع للإرضاع، مع أنه وارد على اللبن، ولكن جوز للحاجة بالنص: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

د ـ تجويز دخول الحمام بأجر مع مجهولية مدة المكث، ومقدار الماء المستهلك، وإنما جوز ذلك لحاجة الناس وبتعاملهم بذلك، وله نظير في الشريعة الإسلامية يمكن إلحاقه به، وهو جواز استئجار المرضع بطعامها وكسوتها، فإن ما يستوفيه كل من المؤجر والمستأجر مع صاحبه مجهول.

هـ ـ تجويز الوصية وهي تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليكات لا تقبل الإضافة وبالموت تزول ملكية الموصي عن أمواله وتؤول إلى الورثة فلم يبق ما يملكه الموصي حتى يملكه للغير الموصي له، ولكن جازت الوصية بنص القرآن الكريم للحاجة إليها.

و ـ ومن ذلك أيضاً جواز الاستنصاع.

القاعدة الخامسة والعشرون

ما جاز لعذر بطل بزواله

١٠٦ ـ معنى القاعدة:

إن المحظور شرعاً إذا أبيح لعذر مشروع كالإكراه بغير حق، وكحالة الضرورة الملجئة إلى فعل المحظور فإن هذه الإباحة للمحظور مقيد وجودها بوجود العذر المبيح ولمدة بقائه، فإذا زال العذر لم يبق سبب شرعي لبقاء حكم الإباحة للمحظور شرعاً، فتسقط الإباحة ويرجع المحظور إلى حكمه وهو التحريم، فلا يجوز فعله.

١٠٧ ـ تطبيقات القاعدة[١]:

يبطل جواز التيمم إذا قدر على استعمال الماء، فإن كان لفقد الماء بطل بالقدرة عليه، وإن كان لمرض بطل ببرئه وإن كان البرد شديد بطل بزواله، ومن جاز له لبس الحرير بسبب جرب أو حكة يجب عليه نزعه إذا زال الجرب والحكة، ومن عجز عن القيام في الصلاة لمرضه فصلى قاعداً، فإذا شفي من مرضه، واستطاع القيام وجب عليه القيام في الصلاة.

ونصت المادة ٩٩٧ من مجلة الأحكام العدلية، إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً فك الحاكم حجره، لأن حجره كان بسبب سفهه، فإذا زال السبب وهو الذي استوجب حجره، وجب رفع الحجر عنه، لأنه إنما جاء حجره لعذر شرعي وهو السفه، فإذا زال هذا العذر بطل ما ترتب عليه وهو الحجر، فيجب على القاضي إبطال الحجر عليه.

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٥، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، للشيخ البرونو، ص٢٤١.

ونصت المادة ٥١٧ من مجلة الأحكام العدلية: إن أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

لزوال العذر المبيح لفسخ العقد، لأن العقد يتجدد ساعةً فساعة، فلم يوجد العيب فيما يأتي بعده فسقط الخيار[١]

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٢٨٢.

القاعدة السَّادسة والعشرون

إذا زال المانع عاد الممنوع

١٠٨ ـ علاقة هذه القاعدة بما قبلها:

أفادت هذه القاعدة حكماً عكس ما أفادته القاعدة السابقة «ما جاز لعذر بطل بزواله».

لأن القاعدة السابقة أفادت حكم ما جاز لسبب، ثم زال هذا السبب وهذه القاعدة التي نتكلم عنها أفادت حكم ما امتنع حصوله لسبب مانع من هذا الحصول ثم زال السبب المانع فإن الممنوع يعود إذا زال المانع من حصوله أو وجوده.

١٠٩ ـ معنى القاعدة:

إذا لم يحصل حكم ما لوجود مانع من حصوله، فإذا زال هذا المانع الذي منع حصول الحكم، حصل وثبت هذا الحكم، كما لو أوصى لوارث فالوصية غير نافذة لكونها لوارث، فإذا زال هذا المانع من الموصي له الوارث وهو كونه وارثاً فإن الوصية تنفذ كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي فإن الوصية تنفذ، لأن الموصي له ـ وهو أخ الموصي ـ أصبح غير وارث بولادة ابن للموصي لأن الابن يحجب الأخ عن الميراث فتصح الوصية لأنها لغير وارث فتنفذ[1]

١١٠ ـ تطبيقات القاعدة:

أ ـ التناقض بمقتضى المادة ١٦٤٧ من المجلة، مانع لدعوى الملكية، ولكن إذا زال التناقض بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم عادت الدعوى

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١٣٧.

مسموعة، فقد نصت المادة ١٦٥٣ من المجلة على أنه «يرتفع التناقض بتصديق الخصم، مثلاً لو ادعى على آخر ألفاً من جهة القرض ثم ادعاه من جهة الكفالة فصدقه المدعي عليه ارتفع التناقض.

وقد جاء في شرح المادة: «وقال في رد المحتار أعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضاً».

ونصت المادة ١٦٥٤ من المجلة العدلية: يرتفع التناقض أيضاً بتكذيب الحاكم، مثلاً ادعى واحد المال الذي هو في يد غيره بقوله إنه مالي فأنكر ذلك المدعي عليه، وقال إن هذا المال كان لفلان، وأنا اشتريته منه، وأقام المدعي البينة على دعواه وحكم له بذلك، يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه لأن التناقض الذي وقع بين إقراره أولاً بأن المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد ذلك قد ارتفع بتكذيب إقراره بحكم الحاكم.

ب ـ زيادة الموهوب له في الموهوب، تمنع الواهب من الرجوع في الهبة، ولكن إذا زالت تلك الزيادة عاد للواهب حق الرجوع[١]

ج ـ لو وجد المشتري بما اشتراه عيباً قديماً كان له رده على بائعه، ولكن لو حدث فيه عند المشتري عيب آخر امتنع الرد بسبب العيب الحادث، غير أنه إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق الرد[٢]

د ـ إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة، فإنها إذا طلقها زوجها طلاقاً بائناً عاد حقها في الحضانة لزوال المانع[٣]

هـ ـ إذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً ثم رهنه من آخر وسلمه، امتنع حق الفسخ ـ فسخ البيع ـ بسبب الفساد لتعلق حق المرتهن بالبيع، ولكن لو أدى المشتري دينه وافتك الرهن: عاد حق فسخ البيع[٤]

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٠.
(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٠ ـ ٣١.
(٣) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣١.
(٤) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣١.

القاعدة السَّابعة والعشرون

الاضطرار لا يبطل حق الغير

١١١ ـ معنى القاعدة:

الاضطرار قد يرفع الإثم عن المضطر إذا باشر المحظور شرعاً، كما في أكل المضطر لحم الميتة لدفع الهلاك عن نفسه جوعاً، إلا أن هذا الاضطرار لا يبطل حق الآخرين إذا كان من شأن هذا الاضطرار أن يحمل المضطر إلى إتلاف مال الغير، أو أخذه للاستعانة به كطعام يأكله، أو مَاءٍ يشربه أو أداة يستعملها كاستعماله فرس غيره للهرب بها من عدو ظالم يريد قتله ظلماً، ففي هذه الأحوال عليه أن يعوض صاحب المال ما أتلفه عليه من مال.

١١٢ ـ من تطبيقات القاعدة:

أ ـ نصت المادة ٤٨٠ من مجلة الأحكام العدلية: لو استأجر زورقاً على مدة، وانقضت في أثناء الطريق تمتد الإجارة حتى الوصول إلى الساحل، ويعطي المستأجر أجر مثل المدة الزائدة.

لأن الإجارة كما تنقضي بالأعذار تبقى بالأعذار، وكذا لو استأجر ظئراً فانقضت المدة، وكان الطفل لا يأخذ ثدي غيرها فتبقى الإجارة إلى أن يستغني الطفل عن الظئر[١]

ب ـ وجاء في آخر القاعدة: يتفرع على هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الأخر يضمن قيمته.

ثم قال الشارح: وكذلك إذا هجم جمل هائج على رجل وكاد يقتله، كان

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٢٦٩.

للرجل قتل الجمل، لكنه إذا قتله يضمن قيمته، ولكن لا ضمان عليه إذا كان هو أو غيره أشهد على صاحبه من ينتهه ولم ينته[1]

ج ـ لو انتهت مدة الإجارة والزرع لم يحن حصاده بعد، فإنه يبقى إلى حين حصاده في وقته المعتاد، وعليه أجر المثل، لأن اضطرار المستأجر بإبقاء الزرع إلى حين الحصاد في وقته، لا يبطل حق المالك في استيفاء أجرة ملكه[2]

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٣.
(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١٥٩ ـ ١٦٠.

القاعدة الثامنة والعشرون

ما حرم أخذه، حرم إعطاؤه

١١٣ ـ معنى القاعدة:

إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواءٌ في الحرمة، لأن المطلوب شرعاً من المسلم إزالة المنكر والفساد والمحرمات، فإذا عجز المسلم عن المساهمة في إزالة هذه المفاسد، فليمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها، والمعاونة على وقوعها تكون بأخذ الحرام من الغير أو بإعطاء الحرام للغير، ومثل هذه المعاونة منهي عنها، لأنها تعاون على الإثم، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾.

١١٤ ـ أمثلة وتطبيقات[١]:

أ ـ لا يجوز أخذ الرشوة ولا يجوز إعطاؤها، جاء في الحديث النبوي الشريف: «لعن الله الراشي والمرتشي».

ب ـ وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذاً وعطاءً جاء في الحديث النبوي الشريف: «لعن الله آكل الربا وموكله».

ج ـ لا يجوز للوصي أن يعطي شيئاً من مال اليتيم، كما لا يجوز أن يأخذه لنفسه، غير أنه إذا خاف أن يستوفي ظالم على مال اليتيم كان له إعطاء شيء منه ليخلص الباقي.

---

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص٩٧، الشيخ أحمد الزرقاء، ص١٦١، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٣.

القاعدة التاسعة والعشرون

ما حرم فعله حرم طلبه

١١٥ ـ معنى القاعدة:

كل شيء حرمت الشريعة الإسلامية فعله لا يجوز للمسلم أن يطلب من الغير أن يفعله، لأن المطلوب من المسلم قمع الفساد من الأرض، ومن أعظم الفساد في الأرض فعل الحرام، ثم أن الحرام منكر، والمطلوب من المسلم إزالة المنكر لا فعله ولا طلب فعله من الغير.

١١٦ ـ من أمثلة هذه القاعدة:

غش الغير، والاعتداء على ماله وعرضه وحقوقه، كل ذلك لا يجوز في شرع الإسلام، فكذلك لا يجوز الطلب من الغير فعله، وفي شرح المجلة على هذه القاعدة: فكما إن فعل السرقة والقتل ممنوع فإجراء ذلك بواسطة أخرى ممنوع أيضاً[١]

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٤.

القاعدة الثلاثون

لا ضرر ولا ضرار

١١٧ ـ معنى القاعدة:

هذه القاعدة لفظ حديث نبوي شريف، أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً، وأخرجه الحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني، من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم[(١)]

وهذه القاعدة تشتمل على حكمين هما:

الحكم الأول: لا ضرر:

أي لا يجوز لأحد الإضرار بغيره ابتداءً، لا في نفسه ولا في عرضه ولا في ماله، لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام، والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقاً، أي حتى لو نشأ من فعل مباح يقوم به الشخص، كمن يحفر في داره بئراً أو بالوعة ملاصقة لجدار جاره، أو يبني جداراً في داره يمنع النور عن جاره بالكلية، فعمله في داره وهو ملكه مباح ولكن إذا تولد منه ضرر فاحش بالغير كجاره مثلاً منع منه، أما لو تولد عن فعله المباح ضرر يسير غير فاحش فلا يمنع منه كما لو بنى في داره جداراً سد نافذة من نوافذ غرفة من غرف جاره[(٢)]

الحكم الثاني: ولا ضرار.

أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر، وإنما على المتضرر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على الذي ألحق به الضرر، وعلى هذا

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٤.

(٢) أستاذنا السيد منير القاضي رحمه الله: المرجع السابق، ص٨٠.

هـ ـ ومن ذلك ما لو كانت الفلوس النافقة وهي ما كان متخذاً من غير النقدين الذهب والفضة، وجرى التعامل على استعمالها استعمال النقدين، ثمناً في البيع أو كانت قرضاً فعلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض، فعند أبي يوسف تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض[1]

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص١٤١ وما بعدها ذكر الشيخ هذا الفرع تطبيقاً للقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وذكر أنه أخذه من رد المحتار، فقال: راجع المحتار من أوائل كتاب البيوع، عند قول المتن: وصح بثمن حال ومؤجل إلى معلوم، وبخلاف جنسه، ونقل هناك ترجيحه عن الكثيرين، فقد أوجبوا قيمة الفلوس النافقة يوم البيع، وقيمتها يوم دفع القرض، في صورة ما إذا غلت دفعاً للضرر عن المشتري والمستقرض وأوجبوا قيمتها كذلك في صورة ما إذا كسدت أو رخصت دفعاً للضرر عن البائع والمقرض كتاب الشيخ أحمد الزرقاء: المصدر السابق، شرح القواعد الفقهية، ص١٢١.

فمن أتلف ماله لا يجوز له إتلاف مال الغير المتلف، وإنما عليه مراجعة القضاء لتعويضه عن الضرر.

١١٨ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أولاً: نصت المادة ٩٢١ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: ليس للمظلوم أن يظلم غيره لأنه ظلم، مثلاً لو أتلف زيد مال عمرو؛ مقابلة لأنه أتلف ماله كان كلاهما ضامنين. كما أنه لو خدع واحد فأخذ نقوداً زائفة من أخر فليس له أن يصرفها إلى غيره.

ثانياً: وجاء في شرح المجلة لسليم باز حول هذه المادة: لا يجوز لأحد أن يهدم حائط غيره، وإن هدمه فلا يجوز للآخر أن يهدم حائطه مقابلة لذلك بل عليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه.[1]

ثالثاً: ومن فروع القاعدة توقياً لوقوع الضرر ما يأتي[2]:

أ ـ تشريع بعض الخيارات كخيار الرؤيا وخيار الشرط وتشريع الحجر على من قام فيه سبب الحجر، وتشريع الشفعة، وحبس الموسر إذا امتنع من الإنفاق على أولاده.

ب ـ بقاء الإجارة نافذة إذا انتهت المدة إذا كان الحكم بانتهائها يلحق ضرراً بالمستأجر، كما لو كان المأجور أرضاً زراعية، وانتهت مدة الإجارة ولم يستحصد الزرع فإنها تبقى الإجارة نافذة إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل.

ج ـ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ـ أن يشتروا الحبوب ونحوها ـ ويخرجوا بما اشتروه وكان ذلك يضر بأهلها أمنعهم عنه ألا يرى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة، فهذا أولى.

د ـ المعروفون بالدعارة والفساد، يحبسون ويستدم حبسهم حتى تظهر توبتهم بظهور علاماتها دفعاً لضررهم عن الناس.

---

(١) سليم رستم باز: شرح المجلة، ص٢٩.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص١١٤، وما بعدها.

القاعدة الحادية والثلاثون

الضرر يزال

١١٩ ـ معنى القاعدة:

تعني القاعدة وجوب إزالة الضرر، وإن جاءت العبارة بصيغة الإخبار وإنما وجبت إزالة الضرر، لأن الضرر ظلم وحرام شرعاً وما كان هذا شأنه وجب النهي عنه حتى لا يقع ووجوب رفعه إذا وقع، لأنه ظلم وحرام كما قلت، وبالتالي فهو منكر، وعلى المسلم رفع المنكر وإزالته كما جاءت في ذلك نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة.

١٢٠ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

قال الإمام ابن نجيم الحنفي والإمام السيوطي الشافعي: يبنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه[١]

ثم راحا يذكران الأمثلة لهذه القاعدة، وهي في الحقيقة فروع وتطبيقات لها، كما ذكر بعضها شراح مجلة الأحكام العدلية، فمن ذلك الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيارات، والحجر بأنواعه، والشفعة، فإنها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء لأنه كما قيل: بجيرانها تغلو الديار وترخص، والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات.

ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين، والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب[٢]

ويمكن الإضافة إلى هذه الفروض والتطبيقات: التفريق القضائي بين

---

(١) ابن نجيم: المصدر السابق ص٩٤، السيوطي: المرجع السابق، ص١١٢.

(٢) بنفس المراجع السابقة، وصحائفها، سليم رستم باز: المصدر السابق، ص٢٩.

الزوجين للضرر، وبيع مال المدين المماطل ورفع المدبغة التي ينشأها الشخص في داره دفعاً للضرر عن الجيران وكذلك إزالة البالوعة وطمرها التي أنشأها الشخص في داره ملاصقة لجدار صاحبه.

القاعدة الثانية والثلاثون

الضرر لا يزال بمثله

١٢١ ـ معنى القاعدة:

قلنا إن الضرر يزال لأنه ظلم ومنكر وشر وفساد، ولكن لا يجوز أن يزال بإلحاق ضرر مثله بالغير، كما لا تجوز إزالته بإحداث ضرر أكبر منه وإنما تجوز إزالته بضرر دون الضرر المزال، فهذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة السابقة «الضرر يزال».

١١٢ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

أولاً: نصت المادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام العدلية: لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط، لأن في تجويز الرد إضراراً بالبائع فلا يجوز رفع الضرر عن المشتري بإضرار البائع وإنما للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن، لأن الضرر يزال بقدر الإمكان كما سنبينه في شرح القاعدة الآتية.

ثانياً: ومن فروعها أيضاً: لا يباح للمضطر أكل طعام مضطر آخر مثله، وعدم وجوب عمارة العقار المشترك على الشريك، وإنما يقال لمريدها: أنفق واحبس العين (العقار) إلى أن تستوفي قيمة البناء إن كان بغير إذن القاضي أو إلى أن تستوفي ما أنفقته إن كان بإذن القاضي[١]

ثالثاً: إذا تسبب فتح دكان بتقليل ربح صاحب دكان مجاور أو خسارته لانصراف الناس عن الشراء من الدكان الأول القديم، فلا يجوز إغلاق الدكان الثاني الجديد، لأن الضرر لا يزال بمثله.

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٦.

القاعدة الثالثة والثلاثون

الضرر يدفع بقدر الإمكان

١٢٣ ـ معنى القاعدة:

المطلوب إزالة الضرر بالكلية، وهذا ما تشير إليه القاعدة «الضرر يزال» فإن لم يتيسر دفعه وإزالته بالكلية فيزال بقدر ما يمكن لأن هذا خير من تركه كما هو مع إمكان تقليله وعلى هذا كان للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن إذا وجد في المبيع عيباً قديماً وامتنع الرد لحدوث عيب جديد في البيع كما نصت على ذلك المادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام العدلية. وكذلك إذا امتنع صاحب السفل من تعميره ليبني عليه صاحب العلو بناءه فإن صاحب السفل لا يجبر على البناء، ولكن لصاحب العلو أن ينفق على بناء السفل ويرجع على صاحبه بما أنفق إذا كان ذلك بإذن الحاكم.

١٢٤ ـ من أمثلة القاعدة وتطبيقاتها:

ومن أمثلة القاعدة وتطبيقاتها إضافة لما ذكرته في الفترة السابقة ما جاء في المادة ١٢٠٢ من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنساء جاره سواء كان ملاصقاً أو بينهما طريق فاصل فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط، أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية.

كذلك إذا استهلك الغاصب المال المغصوب، أو هلك في يده بدون تعدية، وتعذر رده إلى صاحبه فيضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب إن

كان قيمياً وبرد مثله إن كان مثلياً[1]

لأن رفع الضرر يكون برد المغصوب إلى المغصوب منه كما نصت المادة ٨٩٠ من المجلة: يلزم رد المغصوب عيناً.

ولكن إذا تعذر الرد لهلاك أو استهلاك المغصوب فالذي يمكن فعله لرفع الضرر عن المغصوب منه هو ما ذكرناه من دفع القيمة أو المثل، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٩١ من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: كما إن الغاصب يضمن إذا استهلك المغصوب أو إذا تلف أو ضاع بتقصيره وتعديه فيضمن قيمته يوم الغصب إن كان من القيميات، ويضمن مثله إن كان من المثليات.

إن كان من القيمات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وإن كان من المثليات يلزم إعطائه مثله.

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٢ ـ ٣٣.

القاعدة الرابعة والثلاثون

يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

١٢٥ ـ معنى القاعدة:

الضرر العام يصيب عموم الناس فلا اختصاص لأحد بهذا الضرر إذ الكل معرضون له، أما الضرر الخاص فهو الذي يصيب فرداً معيناً، أو فئة قليلة من الناس، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام ولهذا يدفع الضرر العام، وإن استلزم دفعه إيقاع ضرر خاص، فيتحمل وقوع هذا الضرر الخاص لغرض دفع أو منع وقوع الضرر العام.

١٢٦ ـ أمثلة وتطبيقات القاعدة:

جواز الرمي إلى كفار تترسوا بأسرى المسلمين، هدم الجدار المائل إلى الطريق العام. منع المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس من أعمالهم، جواز الحجر على السفيه.

وبيع مال المديون المماطل لقاء دينه، جواز التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش، بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة، وامتناعه من البيع بثمن المثل دفعاً للضرر العام، منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين[1]

ومنها أيضاً: جواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق، وتحديد أسعار المواد الغذائية، وسعر المواد التي يحتاجها الناس عند امتناع التجار من بيعها بثمن المثل، أو لغرض احتكارها، يجوز لولي الأمر أن يمنع إخراج بعض المواد من بلدة إلى أخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع الأسعار في البلدة[2]، ومنها أيضاً الحجر على القادمين من بلاد موبوءة للتأكد من سلامتهم دفعاً للضرر العام.

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٦، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣١.

(٢) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص٩٩.

القاعدة الخامسة والثلاثون

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

١٢٧ ـ معنى القاعدة:

قلنا إن الضرر لا يزال بمثله، ومعنى ذلك أنه يزال بما هو أقل ضرراً فيتحمل الضرر الأقل لدفع الضرر الأعظم، لعدم المماثلة بين الضررين، وعدم المماثلة بين الضررين إما لكون أحدهما ضرراً خاصاً، وضرر الآخر عاماً، فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص، وهذا ما بيناه في شرح القاعدة السَّابقة، وإما أن تكون عدم المماثلة لعظم أحدهما بالنسبة للآخر وشدته في نفسه وضآلة الضرر الآخر وخفته في نفسه وهذا ما تناولته هذه القاعدة فيدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف.

١٢٨ ـ أمثلة وتطبيقات للقاعدة:

فمن ذلك الإجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة (ومنها) لو غصب خشبة وأدخلها في بنائه، فإن كانت قيمة البناء أكثر ملكها صاحب البناء بقيمتها، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها (ومنها) لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة، ينظر إلى أكثرهما قيمة، فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل قيمة، (ومنها) جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته (ومنها) إذا طلب صاحب الأكثر في المال المشترك القسمة، والشريك يتضرر بالقسمة فإن صاحب الأكثر يجاب، لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها[١] (ومنها) تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته، ولا يكلف بالقلع (ومنها) لمن خشي الهلاك على نفسه جوعاً أن

(١) ابن نجيم: المصدر السابق، ص٩٧ ـ ٩٨، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣١ ـ ٣٢.

يأخذ من طعام غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه ولو جبراً على صاحبه إلا إذا كان صاحب الطعام محتاجاً إليه كاحتياجه هو إليه (ومنها) كسر السداد لتخليص البلد من الغرق، وإن أدى إلى غرق بعض الأرض والزروع[1]، وما جاء في المادة ٩٠٦ من مجلة الأحكام العدلية، يعتبر تطبيقاً لهذه القاعدة، فقد جاء في هذه المادة: إن كان المغصوب أرضاً فبنى الغاصب فيها بناء أو غرس فيها أشجاراً فإنه يؤمر بقلعها ورد الأرض، وإن كان القلع مضراً بالأرض فللمغصوب منه أن يعطي قيمة البناء أو الغرس مستحق القلع ويتملكه، ولو كانت قيمة الأشجار أو البناء أكثر من قيمة الأرض وكان بنى أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذٍ لصاحب الأشجار أو البناء أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها. مثلاً لو أنشأ واحد على العرصة الموروثة له من والده بناء تزيد قيمته على قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها.

---

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص٩٩.

القاعدة السَّادسة والثلاثون

إذا تعارضت مفسدتان
روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

١٢٩ ـ معنى القاعدة:

قال بعضهم هذه القاعدة هي عين القاعدة السابقة في الحقيقة، واختلف العنوان فقط[١]، ولكن ذهب بعض آخر إلى أنه يمكن القول بتخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً، وأمكن إزالته بإيقاع الأخف كما في الأمثلة التي ذكرناها للقاعدة السابقة، وتخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران، ولم يقع أحدهما بعد، وهذا التوجيه، أحسن من القول الأول الذي يعني تكرار القاعدة. لأن التأسيس أولى من التأكيد كلما أمكن ذلك، وإلى هذا التخصيص يشير التعبير بكلمة «يزال» في القاعدة السابقة، وبكلمة «تعارضت» في القاعدة التي نحن بصدد شرحها[٢]

١٣٠ ـ قول جيد للفقيه الزيلعي:

وقال الفقيه الزيلعي في باب شروط الصلاة: ثم الأصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلى ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء وإن اختلف يختار أهونها لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة.

مثاله: رجل عليه جرح، لو سجد سال جرحه، وإن لم يسجد لم يسل، فإنه يصلي قاعداً يومئ بالركوع ولا سجود، لأن ترك السجود أهون من الصلاة

(١) سليم رستم باز: شرح المجلة، ص٣٢.
(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٤٧.

مع الحدث، ألا ترى أن ترك السجود جائز حالة الاختيار في التطوع على الدابة، ومع الحدث لا يجوز بحال[1]

١٣١ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

(منها) لو اضطر وعنده ميتة ومال الغير يأكل الميتة (ومنها) شيخ يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً يصلي قاعداً لأنه يجوز حالة الاختيار في النفل ولا يجوز ترك القراءة بحال (ومنها) لو أن امرأةً صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء، فإنها تصلي قاعدة لما ذكرنا أن ترك القيام أهون[2]

(ومنها) تجويز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه (ومنها) تجويز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم من ضرر المنكر (ومنها) جواز طاعة الأمير الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم (ومنها) جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته[3]، (ومنها) قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة، ولكن إذا تترس بهم الكفار وخيف من ذلك اصطلام المسلمين جاز رميهم على أحد القولين عند الشافعية، لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من جميع المسلمين (ومنها) إذا اختبأ عنده معصوم الدم فراراً من ظالم يريد قتله ظلماً، فإذا سأله الظالم عنه ونفي وجوده عنده أو علمه بمكانه جاز له الكذب ولو فيه مفسدة بل يجب عليه الكذب لأن مفسدة قتل بريء أعظم من مفسدة الكذب في هذا المقام[4]

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٨.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٨ ـ ٩٩.

(٣) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٤٧.

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ج١، ص٩٥ ـ ٩٧.

القاعدة السَّابعة والثلاثون

يختار أهون الشرين

١٣٢ ـ معنى القاعدة:

هذه القاعدة بمعنى القاعدة السابقة، والأصل في هذه القاعدة والتي قبلها أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة[١]

١٣٣ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

أولاً: ما ذكرناه من أمثلة القاعدة السابقة «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، يقال هنا أيضاً أمثلة وفروعاً لهذه القاعدة.

ثانياً: لو هدد بالقتل إن لم يلق نفسه بالنار أو من الجبل وكان الإلقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة، فله الخيار إن شاء فعل ذلك، وإن شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنه ابتلي ببليتين، فيختار ما هو الأهون في زعمه، وعند أبي يوسف، ومحمد يصبر ولا يفعل ذلك، لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه فيصبر تحامياً عنه، وكذلك إذا حدث حريق في سفينة وعلم أنه لو صمد فيها يحترق ولو وقع في الماء يغرق، فعند أبي حنيفة يختار أيهما شاء وعند أبي يوسف ومحمد يصبر[٢]

ثالثاً: ولو أحاط الكفار بالمسلمين ولم يقدروا على دفعهم، جاز دفع المال إليهم ليتركوهم وكذا إستنقاذ أسرى المسلمين بالمال إذا لم يمكن بغيره لأن دفع المال أهون الضررين[٣]

---

(١) الشيخ محمد صدقي البرونو: المرجع السابق، ص٢٦٠.
(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٩٩.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، طبعة: دار الكتب العلمية ص٨٨.

القاعدة الثامنة والثلاثون

درء المفاسد أولى من جلب المصالح

١٣٤ ـ معنى القاعدة:

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً لأن إعتناء الشرع بالمنهيات بتركها أشد من إعتنائه بالمأمورات، ولذا قال ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»[١]

١٣٥ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

(منها) يمنع الشخص من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يضر بجاره ضرراً فاحشاً لأن درء المفاسد عن جاره أولى من جلب المنافع لنفسه[٢] (ومنها) الحجر على السفيه (ومنها) ليس للإنسان أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر (ومنها) وكذلك ليس له أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً فاحشاً بيناً كاتخاذه بجانب دار جاره طاحوناً مثلاً يوهن البناء أو كنيفاً أو بالوعة يضر بجدار دار جاره (ومنها) إتخاذ الشخص في داره فرناً يمنع جاره من السكنى في داره بسبب الرائحة والدهان[٣]

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٠٠، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٢.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٢.

(٣) أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٥١.

القاعدة التاسعة والثلاثون

العادة محكمة

١٣٦ ـ معنى القاعدة:

العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عندها ومعنى القاعدة إن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي والعرف بمعنى العادة وإنما تجعل العادة حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص وجب العمل به ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة بدلاً عنه[١] والأصل في هذه القاعدة ما روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وهذا الأثر وإن كان موقوفاً على ابن مسعود إلا أنه له حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه[٢]

١٣٧ ـ من أمثلة القاعدة وفروعها:

إن ألفاظ الواقفين تفسر حسب عاداتهم وأعرافهم (ومنها) من دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يغسله، أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الأجرة، وكذا الخياط والغسال إذا كانا معروفين بأخذ الأجرة، استحق هؤلاء الأجرة، بحكم العرف[٣]، (ومنها) كل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات المبيع فإنه يدخل في البيع من غير ذكر، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في عقد البيع معه بلا ذكر لعرف الناس بذلك[٤]

---

(١) الأستاذ علي حيدر أفندي، شرح المجلة، ص٤٠.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٦٥.

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي، ص٢٣٠.

(٤) كتابنا مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص١٠١.

١٣٨ ـ شروط العمل بالعادة:

أولاً: يشترط للعمل بالعادة أن تكون مطردة أي لا تختلف، أو غالبة أي تتخلف أحياناً كما جاء في القاعدة الأخرى وهي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت».

ثانياً: وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء الذي نريد معرفة حكمه بالعادة أو سابقة عليه، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه(١)

وعلى هذا يجب تفسير شروط الواقفين بموجب العرف الذي كان قائماً وقت إنشاء هذه الشروط وليس بموجب العرف الطارئ الذي حدث بعد تلك الشروط.

كما لو كان من شرط الواقف صرف غلته على طلبة العلم في صنعاء، وكان العرف آنذاك يقضي بحمل عبارة «طلب العلم» على طلبة العلم الديني، فلا يجوز حمل معنى هذه العبارة على العرف القائم الآن وهو إن المراد بطلبة العلم طلبة أي علم.

ثالثاً: كما يشترط لاعتبار العادة أن لا تكون مخالفة لنص الشارع ولا لشرط العاقدين.

١٣٩ ـ القواعد المتفرعة من قاعدة «العادة محكمة»:

أ ـ وبناء على رعاية العرف أو العادة جاءت القاعدة الفقهية «المعروف عرفاً، كالمشروط شرطاً» أي ما جرى به العرف يراعى ويعتبر من دون حاجة لاشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والأكل في المطاعم، وركوب سيارات الأجرة كل ذلك يستلزم دفع الأجرة لأن العرف يقضي بذلك، وإن لم تذكر من قبل أطراف العقد، وكذلك إذا عمل شخص لآخر من غير اتفاق على أجرة ينظر إلى العرف فإن كان يقضي له

---

(١) عز الدين بن عبد السلام: المرجع السابق، ص١٢٥.

بالأجرة استحق الأجرة كالدلال، وإن لم يقض له بها لم يستحق الأجرة[1]

ب ـ وتفرعت أيضاً من هذه القاعدة قاعدة أخرى هي: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» أي إن ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل، والودائع يقضي العرف بأن يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وإن لم يشترط ذلك المودع، ولو استأجر دكاناً في سوق البزازين لا يشغله بصنعة الحدادة وما تستدعيه من استعمال النار، وإنما يستعمله بما جرت عليه العادة في استعماله في هذا السوق[2]

ج ـ وتفرعت أيضاً من هذه القاعدة قاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» مثلاً لو اشترى شيئاً من السوق بثمن معلوم دون تصريح بثمن حال أو مؤجل، وكان المتعارف عليه بين التجار أن البائع يأخذ الثمن بعد مدة معينة: أسبوع أو شهر، أو يأخذه مقسطاً بآجال شهرية، انصرف الثمن إلى هذا المتعارف عليه بلا حاجة إلى ذكره صراحة، لأنه حيث كان ذلك متعارفاً عليه عند التجار فقد صار كأنهما قد اتفقا عليه[3]

د ـ وتفرعت أيضاً من هذه القاعدة قاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» وعليها جاءت المادة ٣٨٩ من مجلة الأحكام العدلية ونصها: كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق. . .

وكذلك المادة ٥٧٧ من المجلة: إن دور دلال مالاً ولم يبعه وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس للدلال أخذ الأجرة، وإن باعه دلال آخر فليس للأول شيء الأجرة كلها للثاني لأن الدلال عادة لا يستحق الأجرة بعرض المبيع للبيع بل بوقوع البيع حقيقة[4] ومن أمثلة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» لو

---

(١) الإمام عز الدين بن عبد السلام: المرجع السابق، ص١٢٧.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٨.

(٣) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٨.

(٤) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٨.

استعان برجل في سوق لبيع متاعه، وبعد البيع طالبه بالأجرة، ينظر إلى تعامل أهل السوق فإن كانت العادة أن من يعمل مثل هذا العمل يعمله بأجرة فله أجر مثله وإلا فلا[1]

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٥.

القاعدة الأربعون

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

١٤٠ ـ معنى القاعدة:

الأحكام المبينة على العرف والعادة لا على النص والدليل تتبدل مع تبدل الأعراف والعوائد التي بنيت عليها، لأنه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير تتغير أعرافهم وعاداتهم، وبتغيرها تتغير الأحكام المبنية عليها، وأما الأحكام المستندة إلى أدلة شرعية، ولم تبن على عرف وعادة فإنها لا تتغير كوجوب القصاص على القاتل العمد.

١٤١ ـ من أمثلة القاعدة وفروعها:

سقوط خيار الرؤية برؤية حجرة من حجر الدار في الزمن القديم لجريان عرف الناس على هذا النمط من البناء، فقد أفتى فقهاؤنا القدامى رحمهم الله تعالى بسقوط خيار الرؤية برؤية حجرة واحدة من حجر الدار، ولكن تغير عرف الناس وعادتهم في بناء الدور ومشملاته فأفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية حجرة واحدة بل لا بد من رؤية جميع حجر الدار ومشتملاته[١] والإمام أبو حنيفة لم ير تزكية الشهود في دعاوى المال إلا إذا طعن الخصم بعدالتهم لصلاح الناس في زمانه، ولكن لما تغير أحوال الناس أفتى أبو يوسف ومحمد بلزوم تزكية الشهود[٢]، والفقهاء المتقدمون قالوا على الزوجة أن تتبع زوجها حيث أحب بعد إيفائه لها معجل مهرها، لما كان في زمانهم من اعتياد الناس على إيفاء الحقوق إلى أصحابها، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق قال

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٦.

(٢) كتابنا مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص١٠٢ ـ ١٠٣.

الفقهاء لا تجبر الزوجة على متابعة زوجها إلى غير وطنها الذي نكحها فيه، وإن أوفاها معجل مهرها لتغير حال الناس إلى العقوق[1]

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص١٧٣.

القاعدة الحادية والأربعون

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

١٤٢ ـ معنى القاعدة مع الأمثلة:

الامتناع إما حقيقي، وإما عادي، فالأول إمتناع الشيء ضرورة لمخالفته للعقل كإقراره لمن أكبر منه سناً أنه ابنه، أما الثاني فهو امتناع الشيء بحكم العادة فقط، وكلاهما سواء لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، وعلى هذا لو ادعى رجل معروف بالفقر بمبلغ جسيم على رجل معروف بالغنى المفرط بأنه أقرضه إياه دفعة واحدة حال كونه لم يرث ولم يصب مالاً بوجه آخر فلا تسمع دعواه لأنها مما يمتنع عادة، فهي كالممتنع حقيقة[١]

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة.

القاعدة الثانية والأربعون

العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٤٣ ـ معنى القاعدة:

الأمر الشائع هو الأمر الذي أصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم والنادر هو القليل الحدوث، فالمعول عليه والمنظور إليه في ترتيب الأحكام هو الأمر الشائع لا الأمر النادر.

١٤٤ ـ من فروع القاعدة:

الحكم بالبلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة لأنه هو العمر الشائع للبلوغ، وإذا كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر وقليل فلا يعول عليه، وكذلك الحكم ببلوغ سبع سنين لانتهاء مدة حضانة الصبي وتسع سنين لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عن من يعينه في لباسه وأكله ونحو ذلك وإن البنت تحتاج إلى البقاء عند أمها إلى سن التاسعة من عمرها لتتعلم شيئاً من شؤون الإناث[١]

(١) الأستاذ علي حيدر أفندي: المرجع السابق، ص٤٥، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٧.

القاعدة الثالثة والأربعون

إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع

١٤٥ ـ معنى القاعدة:

يعني إذا وجد ما يستدعي ويقتضي وجود شيء، ووجد نهي ما يمنع وجود هذا الشيء، فالحكم الأخذ بالمانع، فلا نحكم بوجود الشيء ترجيحاً وتقديماً للمانع. وقد يكون أساس هذه القاعدة أو مستندها ما جاء في الحديث النبوي الشريف: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» إذ في هذا الحديث إشارة إلى أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[١]

١٤٦ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

(منها) ما جاء في آخر القاعدة التي تضمنتها المادة ٤٦ من مجلة الأحكام العدلية ونصها إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع، وبناء عليه ليس للراهن أن يبيع المال المرهون عند دائنه من آخر، وجاء في شرح هذه المادة وفي تعليل منع الراهن من بيع ماله المرهون لأن كون الرهن ملكه يقتضي نفوذ البيع، وتعلق حق المرتهن بالرهن مانع من نفوذ البيع في الحال، فيقدم المانع بجعل البيع موقوفاً على إجازة المرتهن[٢]

(ومنها) ما جاء في المادة ١١٩٢ من مجلة الأحكام العدلية ونصها: «كل يتصرف في ملكه كيف يشاء، لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال فلو كان السفل لواحد والعلو لآخر فلصاحب العلو حق القرار

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المصدر السابق، ص١٨٩.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٩.

على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو، ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضراً إلا بإذن الآخر.

فمقتضى كون كل من صاحب العلو والسفل مالكاً لعلوه أو سفله أنَّ له الحق في فعل ما يشاء في ملكه ولكن الحاق الضرر بالغير ممنوع شرعاً فهذا مانع من أن يفعل ما يضر بصاحبه فيقدم المانع ويكون الحكم منع كل منهما فعل ما يضر بالآخر.

القاعدة الرابعة والأربعون

التابع تابع

١٤٧ ـ معنى القاعدة:

أي إن التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم، كما جاء في المادة ٤٧ من المجلة والتي اشتملت على هذه القاعدة ونص هذه المادة: التابع تابع إذا بيع الحيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً[١]

١٤٨ ـ من فروع القاعدة:

إذا باع أرضاً دخل فيها البناء والأشجار المغروسة لتبقى مستمرة فيها (ومنها) زوائد المرهون والمغصوب تابعة لهما في الوجود فتكون تابعة لهما في الحكم ولهذا فهي ملك للراهن والمغصوب منه[٢]، ولهذا نصت المادة ٧١٥ على أن الزائد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل، ويكون للراهن لتولده من ملكه ولكن يكون مرهوناً مع الأصل كما صرحت المادة، وبناء على القاعدة التي نحن بصدد شرحها جاءت المادة ٩٠٣ وفيها: زوائد المغصوب لصاحبه، والمراد بها الزوائد المتولدة من المغصوب في يد الغاصب بعد الغصب كالسمن أو زيادة منفصلة كالولد والثمر.

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٩.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٣٩.

القاعدة الخامسة والأربعون

التابع لا يفرد بالحكم

١٤٩ ـ معنى هذه القاعدة:

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة، فالتابع الذي وجوده تبع لغيره وبالتالي لا استقلال له في وجوده، لا يفرد في الحكم دون متبوعه، فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن أمه، كما جاء في المادة ٤٨ من مجلة الأحكام العدلية.

١٥٠ ـ الأمثلة والفروع لهذه القاعدة:

(منها) حقوق الارتفاق مثل حق الشرب وحق المرور لا يجوز بيعها منفردة[١]

(ومنها) لا يجوز بيع الجنين في بطن أمه منفرداً، ومثل الجنين في عدم بيعه منفرداً وهو في بطن أمه، كل ما كان اتصاله خلقة كاللبن في الضرع والصوف على ظهر الخروف والجلد على الحيوان[٢]

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤١.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٠١.

القاعدة السَّادسة والأربعون
يقبل قول المترجم مطلقاً

١٥١ ـ معنى القاعدة وما يشترط لقبول قول المترجم:

يقبل قول المترجم في الدعاوي والبينات وما يتعلق بها (مطلقاً) أي في أي نوع كان منها ولو في الحدود والقصاص، ويكفي أن يكون المترجم واحداً ويشترط فيه أن يكون بصيراً عادلاً عارفاً باللغتين، المترجم عنها والمترجم بها، ويشترط أن يكون القاضي غير عارف بلغة الخصوم، وقال الحنابلة لا تقبل الترجمة إلا من عدلين وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد وتجوز ترجمة المرأة العدل عند الحاجة[١]

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي، ج٩، ص١٠٠ ـ ١٠١، سليم باز، ص٤٩، الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٢٨٩ ـ ٢٩٠، كتابنا نظام القضاء في الشريعة، ص٥٧.

القاعدة السَّابعة والأربعون

من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته

١٥٢ ـ معنى القاعدة:

من ملك شيئاً ملك ما هو من لوازمه، وما لا يستغني عنه لإمكان الإستفادة من الشيء المملوك.

ومن أمثلتها: إذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحها، ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها في البيع وإن لم يذكر، كما جاء في المادة ٢٣١ من مجلة الأحكام العدلية ونصها: ما كان في حكم جزءٍ من أجزاء المبيع أي لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى الغرض من الشراء يدخل في البيع بدون ذكر مثال إذا بيع قفل دخل مفتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر.

القاعدة الثامنة والأربعون

إذا سقط الأصل سقط الفرع

١٥٣ ـ معنى القاعدة وأمثلتها:

يراد بالفرع ما ليس له وجود مستقل بنفسه وإنما وجوده بغيره، الذي يعتبر هذا الغير أصل له، فإذا سقط هذا الأصل سقط فرعه، ومن الأمثلة لهذه القاعدة لو أن الدائن أبرأ الأصيل (المدين) برئ الكفيل أيضاً، وإذا مات الموكل أو جن جنوناً مطبقاً سقطت وكالة الوكيل إذا لم يتعلق بها حق الغير[١]

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤٠، ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٣٤.

القاعدة التاسعة والأربعون

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

١٥٤ ـ شرح القاعدة مع الأمثلة:

هذه القاعدة استثناء من القاعدة السابقة، حيث يثبت الفرع بالرغم من سقوط الأصل أو عدم ثبوته، ومن أمثلة ذلك لو قال شخص: لزيد على عمرو ألف ريال، وأنا ضامن فأنكر عمرو الدين لزم القائل وهو الكفيل ما ضمنه إذا ادعى زيد بالمبلغ الذي ذكره هذا الشخص وأقرَّبه، لأن المرء مؤاخذ بإقراره، فهنا لم يثبت الأصل ومع عدم ثبوته ثبت الفرع وهو كفالة الكفيل وثبوت الدين في ذمته (ومنها) أيضاً لو ادعى الزوج الخلع فأنكرته الزوجة بانت ـ أي وقعت الفرقة بينهما ـ ولم يثبت المال ـ بدل الخلع ـ الذي هو الأصل في الخلع، ومع عدم ثبوته ثبت الفرع وهو وقوع البينونة بينهما[١]

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٣٤.

القاعدة الخمسون

السَّاقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود

١٥٥ ـ معنى القاعدة:

ما كان قابلاً للسقوط من الحقوق إذا سقط فلن يرجع لأنه صار كأنه لم يوجد فصار كالمعدوم، والمعدوم لا يمكن أن يكون له وجود أو حكم.

١٥٦ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

(منها) إذا كان لشخص حق المرور في أرض الغير فأسقط حق مروره أو أذن لصاحب الأرض أن يبني في محل مروره سقط حق المرور ولا تسمع دعواه به بعد ذلك، (ومنها) لو أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي عليه سقط الدين ولا تسمع الدعوى بعد ذلك، ولو أقر المدين به بعد الإبراء لكونه وصفاً في الذمة وقد سقط فلا يعود بالإقرار[١]

(ومنها) إذا كان ثمن المبيع غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل الثمن سقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك، وحبسه ليستوفي الثمن، وكذلك الحكم لو قبضه المشتري بمرأى من البائع ولم ينهه (ومنها) من له حق الشفعة أو خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط، ومتى سقط شيء من ذلك لا يعود[٢]

(١) سليم باز: المرجع السابق، ص٤٠.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٠٧ ـ ٢٠٨.

القاعدة الحادية والخمسون

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

١٥٧ ـ معنى القاعدة:

وقد يعبر عن هذه القاعدة بقولنا: «إذا بطل المتضمن بطل المتضمن».

والمعنى إذا كان في تصرف ما عدة فقرات ثبت حكمها بثبوت حكم التصرف الذي تضمنها، فإن حكمها يبطل إذا بطل حكم التصرف الذي تضمنها.

١٥٨ ـ فروع وأمثلة للقاعدة وما يخرج عنها[١]:

إذا فسد الصلح أو البيع بطل ما في ضمنها من الإقرار والإبراء بين المتعاقدين.

(ومنها) لو قال لرجل بعتك دمي بألف، فقتله وجب القصاص لأن الإذن بالقتل نشأ عن بيع دمه وهو باطل فبطل الإذن الذي في ضمنه.

ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو صالح الشفيع عن حق شفعته بمال لم يصح، وكان صلحه مسقطاً لحق شفعته مع أن المتضمن للإسقاط هو الصلح، وقد بطل ولم يبطل ما في ضمنه.

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤١، ابن نجيم: المرجع السابق، ص٤٦٣.

القاعدة الثانية والخمسون

إذا بطل الأصل يصار إلى البدل

١٥٩ ـ معنى القاعدة:

يراد بالأصل هنا ما يجب أداؤه، ومعنى الأداء تسليم عين الواجب، ويكون في حقوق الله تعالى كالصلاة على وقتها، ويكون الأداء أيضاً في حقوق العباد كرد المغصوب دون نقصان، وتسليم عين المبيع إلى المشتري[١]، ومعنى القاعدة: إذا بطل الأصل: بأن صار متعذراً «يصار إلى البدل» أما ما دام الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل، وعلى هذا يجب رد عين المغصوب إذا كان قائماً في يد الغاصب لأنه تسليم عين الواجب ولأنه رد صورة ومعنى، وتسليم البدل رد معنى فقط، والبدل خلف عن الأصل، وهو واجب، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وعلى هذا إذا تعذر رد عين المغصوب، وهو الأصل، بأن كان هالكاً أو مستهلكاً فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمة[٢]

١٦٠ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

(ومنها) ما جاء في المادة ٤٨٩ من مجلة الأحكام العدلية: لو اشترط أن تكون الإجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى بعض الشهر يعتبر الشهر ثلاثين يوماً.

لأنه إذا تعذر إيفاء الشهر بالأهلة التي هي الأصل يصير إلى إيفائه بدله الذي هو الأيام[٣]

---

(١) الشيخ محمد صدقي البورنو، ص٢٤٧.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٢٧.

(٣) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٢٧٣.

(ومنها) رد عين المغصوب هو الواجب وبهذا نصت المادة ٨٩٠ من مجلة الأحكام العدلية إذا قالت: «يلزم رد المغصوب عيناً» فإن تعذر الرد لهلاكه أو استهلاكه وجب رد البدل وهذا ما نصت عليه المادة ٨٩١ من المجلة، بقولها: كما أن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يضمن أيضاً، فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمن الغصب ومكانه وإن كان من المثليات يلزم إعطاء مثله.

القاعدة الثالثة والخمسون

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

١٦١ ـ أحاديث في الراعي والرعية:

أولاً: أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن معقل بن يسار قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة» ومعنى (لم يحطها) أي لم يكلأها ويصنها، وأخرج البخاري أيضاً عن معقل بن يسار أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من والٍ يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لهم إلا حرم الله عليه الجنة»(١)

ثانياً: أخرج الإمام مسلم في صحيحه(٢):

أ ـ اللهم من ولي من أمر أمتي شيئاً فشَق عليهم فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به.

ب ـ وعن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «ألا كلكم راع وكلكم مسؤول على رعيته، فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم والمرأة راعية على بيت بعلها وولدها وهي مسؤولة عنهم والعبد راع على مال سيده وهو مسؤول عنه، ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته» وجاء في شرح هذا الحديث للإمام النووي؛ قال العلماء الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه، وما هو تحت نظره، ففيه أن كل ما كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته.

---

(١) صحيح البخاري بشرح العسقلاني، ج١٣، ص١٢٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٢، ص٢١٢، وما بعدها.

ج ـ وأخرج الإمام مسلم أيضاً عن معقل بن يسار المزني قال إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»، وفي رواية أخرى للإمام مسلم لهذا الحديث جاء فيها: «ما من أمير يلي أمر المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة»، قال الإمام النووي: وفي هذه الأحاديث وجوب النصيحة على الوالي لرعيته والاجتهاد في مصالحهم والنصيحة لهم في دينهم ودنياهم.

د ـ وأخرج مسلم في صحيحه أن عائذ بن عمرو وكان من أصحاب رسول الله ﷺ دخل على عبيد الله بن زياد فقال: أي بني إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن شر الرعاء الحطمة فإياك أن تكون منهم فقال له إجلس فإنما أنت من نخالة أصحاب محمد ﷺ، فقال: وهل كانت لهم نخالة؟، إنما كانت النخالة بعدهم وفي غيرهم» وقوله: «إنما أنت نخالتهم» يعني لست من فضلائهم وعلمائهم وأهل المراتب منهم بل من سقطهم، والنخالة هنا إستعارة من نخالة الدقيق وهي قشوره، وقوله: وهل كانت لهم نخالة، إنما كانت النخالة بعدهم وفي غيرهم.

وهذا من جزل الكلام وفصيحه وصدقه الذي ينقاد له كل مسلم، فإن الصحابة ﷺ كلهم هم صفوة الناس وسادة الأمة وأفضل ممن بعدهم وكلهم عدول قدوة لا نخالة فيهم وإنما جاء التخليط ممن بعدهم وفيمن بعدهم النخالة، وقوله ﷺ: «إن شرّ الرعاء الحطمة»، هو العنيف في رعيته لا يرفق بها في سوقها، ومرعاها، بل يحطمها في ذلك وفي سقيها وغيره ويزحم بعضه ببعض بحيث يؤذيها ويحطمها.

١٦٢ ـ معنى القاعدة:

جاء في شرح هذه القاعدة: لما كان لإمام المسلمين ولاية نظارة على عموم الرعية في الأمور العامة كان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة العامة ولهذا يجب أن تكون أوامره وأوامر أولي الأمر والنهي موافقة لمصالح الرعية، لأن السلطان إنما أعطي السلطة لمصلحة العباد، صيانة دمائهم وأعراضهم

وأموالهم[١] والرعية هم من كانوا تحت من ولاه الشرع رعايتهم والولاية عليهم، فيدخل في مفهوم الراعي، السلطان والقاضي، وسائر ولاة الأمور من سائر العمال والموظفين وكل من له ولاية على غيره، فمن يلي من أمور الناس شيئاً فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم، لأنه ما ولي عليهم وما أعطي السلطة في حدود ولايته إلا لخدمة من هم تحت ولايته وإقامة العدل فيهم وتحقيق المصلحة والخير لهم، وعلى هذا فإن نفاذ تصرفات ولي الأمر (السلطان ومن دونه من ولاة الأمر) لا تنفذ شرعاً إلا إذا كان المراد منها تحقيق المصلحة للناس، وقال الفقيه ابن نجيم: إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ[٢]

١٦٣ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

أ ـ لا يجوز لولي الأمر أن يعين في الوظائف العامة إلا الكفؤ الأمين، فقد جاء في الحديث النبوي الشريف: من ولي من أمر المسلمين شيئاً فولّى رجلاً وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله[٣]

ب ـ لا يجوز لولي الأمر السماع بشيءٍ من المفاسد والمحرمات الشرعية كدور الفسق والدعارة والقمار والخمور ولو بحجة جباية الضرائب[٤]

ج ـ الضابط الذي يجب أن يلاحظه الإمام في إسناد الوظائف والولايات كلها هو: أن لا يقدم فيها إلا أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفاسدها فلا يقدم في ولاية الحرب مثلاً إلا أشجع الناس وأعرفهم بمكايد العدو والقتال، مع النجدة وحسن السيرة، وفي الولاية على الأيتام، يقدم أعرفهم بمصالح الأيتام مع توافر الأمانة والعفة والشفقة والرحمة بالأيتام وهكذا[٥]

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤٣.
(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٣٨.
(٣) السياسة الشرعية للإمام شيخ الإسلام: ابن تيمية، ص٤.
(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، ص٧٠١.
(٥) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ج١، ص٦٤ ـ ٦٥.

وإذا تعذرت أو ندرت الشروط المطلوبة في من يولي على ولايةٍ ما، فعلى ولي الأمر أن يتخير الأمثل فالأمثل، فقد قال الإمام العز بن عبد السلام إذا تعذرت العدالة في الولايات العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل ولينا أقلهم فسوقاً[١]

د ـ لا يصح للسلطان أن يعفو عن قاتل من لا ولي له وإنما له القصاص والعفو على الدية، لأنه نصب ناظراً لمصالح الرعية وليس من النظر لمستحق القصاص العفو عن القاتل العمد[٢]

(١) المرجع السابق، ج١، ص٦٤، ٧٣.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٣٧، السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٨.

القاعدة الرابعة والخمسون

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

١٦٤ ـ معنى القاعدة:

الولاية هي نفوذ التصرف على الغير[١]، وإنما كانت الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة: لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وامتلاكاً أي تمكناً[٢] أو كلما كانت الولاية المرتبطة بشيء أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده كانت أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم[٣]، ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص وثبوت أهليته[٤]

والمراد بالولاية العامة، هي ولاية الإمام الأعظم «الخليفة» ونوابه: القاضي وأمير البلد، وأما الخاصة فهي التي تكون للشخص على مال الغير ونفسه، أو على أحدهما، مثل ولاية الأب على نفس ولده الصغير وماله، وولاية العصبات على النفس فقط، والولاية على المال فقط مثل ولاية متولي الوقف على مال الوقف وولاية الوصي على مال الصغير، ومثل ولاية الوكيل على ما وكل فيه من مال موكله.

١٦٥ ـ الأمثلة والتطبيقات:

(منها): إن القاضي لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح (ومنها) للولي الخاص استيفاء القصاص والصلح على مال والعفو

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤٣.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٤٩.

(٣) شرح المجلة للأتاسي، ج١، ص١٤٧، نقلاً عن القواعد الفقهية للأستاذ علي أحمد الندوي، ص٤٢١.

(٤) السيوطي: المرجع السابق، ص١٩٨.

مجاناً، والإمام لا يملك العفو[1]

(ومنها) لو كان للصغير وصي وللوقف متولي فلا يجوز للقاضي أن يتصرف في مالهما ولا ينفذ تصرفه فيه ولو كان الوصي أو المتولي قد عينا من قبله[2]

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٦٨.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤٣.

القاعدة الخامسة والخمسون

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه

١٦٦ ـ معنى القاعدة:

إن الأحكام الشرعية التي بنيت على علل وأوصاف خفية يعسر الاطلاع عليها ربط الشرع هذه الأحكام بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود تلك العلل والأوصاف التي هي مناط هذه الأحكام أي عللها الحقيقية كالقصاص في القتل العمد بني على (العمدية) وهي علة القصاص في القاتل العمد، ولكنها لما كانت شيئاً خفياً يعسر الاطلاع عليه، فقد ربط الشارع وجوب القصاص بالآلة التي استعملها القاتل، فإن كانت الآلة من شأنها إحداث الوفاة كان استعمالها من قبل الجاني دليلاً على قصده في إزهاق روح المجني عليه وبالتالي يتحقق القتل العمد فيجب القصاص على القاتل. وهكذا الأحكام الشرعية الأخرى إذا كانت عللها التي بنيت عليها خفية لا يمكن الاطلاع عليها، فإن هذه الأحكام ربطت بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود علل هذه الأحكام، ومعنى ذلك كله أنه كما جاء في آخر المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية: يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه، باعتبار أن هذا الظاهر يدل على الباطن الذي يتعذر الاطلاع عليه وهو علة الحكم.

١٦٧ ـ أمثلة وفروع للقاعدة:

(ومنها) الرضا بالعيب القديم فيما اشتراه المشتري مسقط لخيار العيب، ولما كان الرضا أمراً باطنياً خفياً أقام الشرع مقامه شيئاً ظاهرياً يدل عليه وربط به الحكم الشرعي وهو سقوط خيار العيب كما لو تصرف فيه تصرف الملاك كاستعماله وإيجاره ومداواته، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٤ من المجلة ونصها: بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاك

سقط خياره، مثلاً ـلو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضا بالعيب فلا يرده بعد ذلك.

(ومنها) إقامة الخلوة الصحيحة بالزوجة مقام الوطء في إلزام الزوج كل المهر لأن الوطء من الأمور الخفية، والخلوة الصحيحة دليل عليه فأقيمت مقامه، ومنها إن العمال والجباة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف ونحوهم إذا توسعوا في الأموال وبنوا البيوت والعمارات، ولم يكن لهم مورد رزق إلا ما لديهم من وظائف كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة فللحاكم حينئذ مصادرتهم بأخذ الأموال وعزلهم[1]

وأرى وجوب التحقيق معهم للتأكد من خيانتهم قبل مصادرة أموالهم وعزلهم.

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٢٨٢.

القاعدة السَّادسة والخمسون

لا عبرة بالظن البين خطؤه

١٦٨ ـ معنى القاعدة:

لا يعول على الظن الظاهر الواضح خطؤه، ولا يكترث به بل يعتبر كأن لم يكن ويبطل الحكم الذي بني عليه.

١٦٩ ـ أمثلة وتطبيقات للقاعدة:

(منها) لو أقر بطلاق زوجته ظاناً وقوع الطلاق بناءً على إفتاء المفتي فتبين عدم وقوعه لم يقع.

(ومنها) لو ظن أن عليه ديناً فظهر خلافه رجع بما أدى[١]

(ومنها) إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه، أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع، وكذا لو أدى الأصيل ولم يكن عالماً بأداء الكفيل فإنه يرجع بما أدى، وكذا لو أدى شخص على آخر إضافة إلى تركة مورثه بحجة أن له ديناً على المتوفى فدفع له هذا الوارث الوحيد الدين ثم تبين لا دين على مورثه لهذا المدعي كان له أن يرجع عليه بما أداه لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه.

(ومنها) قال رجل لرجل لي عليك ألف درهم فقال إن حلفت أنها لك علي أديتها لك فحلف فأداها له ظناً منه أنها لزمته بحلفه كان له أن يستردها منه[٢]

---

(١) ابن نجيم، ص١٨٨ ـ ١٨٩.

(٢) سليم رستم باز: شرح المجلة، ص٤٩ ـ ٥٠.

(ومنها) لو أتلف مال غيره يظنه ماله ضمن (ومنها) قول الفقهاء المشهور: كل من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه فله استرداده قائماً أو استرداد مثله أو قيمته إن كان هالكاً كما لو دفع الأصيل الدين بعد أن دفعه وكيله أو كفيله وهو لا يعلم، فإنه يسترده[1]

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٩٤.

القاعدة السَّابعة والخمسون

لا حجة مع الاحتمال الناشِيء عن دليل

١٧٠ ـ معنى القاعدة:

المقصود بالحجة البرهان والدليل، كما قال الإمام ابن حجر العسقلاني: الدليل ما يرشد إلى المطلوب، ويلزم من العلم به العلم بوجود المدلول، وأصله في اللغة من أرشد قاصداً مكان ما إلى الطريق الموصل إليه[١]

ومغنى القاعدة: ليس من البرهان المقبول ولا الاحتجاج المسموع الذي تثبت به الحقوق والادعاءات، إذا تطرق إلى هذا البرهان أو الاحتجاج احتمال وجود ما ينقضه أو يناقضه أو يضعفه إذا كان هذا الاحتمال ناشئ عن دليل مقبول لكونه دليلاً قطعياً أو ظنياً معتبراً شرعاً، فإن عري الاحتمال عن مثل هذا الدليل كان مجرد وهم وتوهم ولا عبرة بالوهم والتوهم كما جاء في القاعدة الأخرى.

١٧١ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

أولاً: ما جاء في المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية التي وردت فيها هذه القاعدة جاء فيها مثلاً لو أقر رجل لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستنداً إلى دليل وقوعه في المرض وأما إذا كان إقراره في حال الصحة جاز، لأنه إذا كان من المحتمل أن الموروث أراد حرمان سائر الورثة فذلك احتمال مجرد، ونوع من التوهم، فلا يمنع صحة الإقرار في حال صحته.

---

(١) شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، ج١٣، ص٣٣٠ ـ ٣٣١.

وبناء على هذه القاعدة جاءت المادة ٣٩٣ من مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها: إذا باع المريض في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته صار ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة، فإذا أجازوا بعد موت المريض نفذ البيع وإلا فلا، وكذلك جاءت المادة ٨٧٩ من المجلة ونصها إذا وهب واحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته وبعد وفاته لم يجز سائر الورثة لا تصح تلك الهبة.

ثانياً: لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله، أو اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح فيهما (أي في البيع والشراء)، وكذلك لو باع الوكيل بالبيع مال موكله ولو بثمن المثل ممن لا تقبل شهادتهم له كأبويه وأولاده وزوجته بدون تفويض من الموكل، وكل ذلك لتمكن احتمال التهمة في فعل الوكيل وقيام الدليل على ذلك الاحتمال وهو المحاباة لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له[١]

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٢٩٧ ـ ٢٩٨.

القاعدة الثامنة والخمسون

لا عبرة للتوهم

١٧٢ ـ معنى القاعدة:

الأحكام لا تبنى على الشك، فإنها لا تبنى على الوهم أولى، لأن الوهم أدنى رتبة من الشك، لأنه لا أساس له أصلاً وإنما هو مجرد وارد على الذهن من خاطر بشأن وجود شيء أو عدمه، فإذا ورد هذا الوهم على شيء ثابت شرعاً فلا يجوز الالتفات إلى هذا الوهم الطارئ بل يجب طرحه والأخذ بما هو ثابت شرعاً.

١٧٣ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

(ومنها) لو أحدث رجل في داره شباكاً أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يمنعه عن ذلك أو يطلب سده لتوهمه أنه ربما يضع سلماً وينظر إلى مقر نسائه، وهذا ما صرحت به المادة ١٢٠٣ من مجلة الأحكام العدلية بقولها: إذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار.

(ومنها) إذا جرح شخص آخر ثم شفي المجروح من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي، فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات بتأثير الجرح فلا تسمع دعواهم[١]، لأن ادعائهم من قبيل التوهم فلا اعتبار له ولا التفات إليه.

(ومنها) لو أثبت الورثة إرثهم بشهود قالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم يقضي لهم ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم، لأنه موهوم[٢]

---

(١) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر أفندي، ج١، ص٦٥، نقلاً من كتاب علي الندوي السابق، ص٤١٦.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٠٩.

القاعدة التاسعة والخمسون

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

١٧٤ ـ معنى القاعدة:

المراد بالبرهان ما يثبت به الشيء أو الدعوى شرعاً وإن كان اصطلاح الفقهاء في المراد بالبرهان أنه البينة الشخصية أي الشهادة العادلة، فالثابت بالدليل الشرعي كالثابت بالمشاهدة الحسية، فكما أن الشيء المشاهد بحاسة البصر يعتبر ثابتاً ثبوتاً لا يسع الإنسان مخالفته ولا إنكاره فكذلك الحال بالنسبة لما هو ثابت أو يثبت بالبينة الشخصية العادلة وبسائر الأدلة الشرعية التي تثبت بها الدعاوى والحقوق.

١٧٥ ـ الأمثلة والفروع للقاعدة:

(منها) إذا ثبت الدين للمدعي به بالبينة العادلة أو ثبت بها التصرف من بيع أو كفالة أو غيرهما فإنه يحكم بموجب ما ثبت بهذه البينة كما لو ثبتت هذه التصرفات بالمشاهدة الفعلية الحسية، (ومنها) إن المدعى عليه يلزم بإقراره إذا أقر لدى الحاكم، كذلك إذا ثبت أنه أقر قبلاً بالمدعي به واتضح ذلك بالبينة العادلة أو بسند فيه توقيع أو ختم خاليين من التزوير فيلزم حينئذٍ بهذا الإقرار، وقد جاءت المادة ١٦٧٤ من المجلة بهذا الذي قلناه فارجع إليها إن شئت.

القاعدة الستون

البينة على المدعي واليمين على من أنكر

١٧٦ ـ الأصل في هذه القاعدة:

أصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف، فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عباس ﵄ أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» وجاء في شرحه: وفي رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح عن ابن عباس عن النبي ﷺ بلفظ: «ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[(١)]

١٧٧ ـ معنى القاعدة:

(البينة) في اصطلاح الفقهاء إذا أطلقوها فإنهم يريدون بها الشهادة باعتبار أنها أظهر من غيرها في إظهار الحق وإثباته، والحق أن البينة هي كل ما يبين الحق ويظهره، فلا يقتصر مفهومه على الشهادة، وهذا المعنى الواسع للبينة هو ما نريده ونفسر القاعدة في ضوئه.

فالمدعي هو المكلف بإقامة الدليل الذي يثبت ادعاءه، والحكمة في إيجاب إقامة البينة على المدعي دون المدعى عليه أن جانب المدعى ضعيف لأن دعواه خلاف الظاهر بينما جانب المدعي عليه قوي لأنه يتمسك بأصل هو «الأصل براءة الذمة»: أي خلوها من أي حق للغير لأنه هكذا ولد، وعلى من يدعي خلاف ذلك فعليه الإثبات، ولقوة جانب المدعى عليه اكتفي منه بالحلف عند عجز المدعي إثبات ما يدعيه من حق، وإنكار المدعى عليه الحق المدعى

---

(١) السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن حجاج، تأليف العلامة: صديق حسن خان، ج٦، ص٤٠٤ ـ ٤٠٦.

به، فكان من الحكمة والعدل تكليف المدعي بإقامة الحجة القوية وهي: البينة لأنها إذا كانت الشهادة، لا يجلب أصحابها، وهم الشهود العدول المقبولة شهادتهم لأنفسهم نفعاً، ولا يدفعون عن أنفسهم ضرراً بشهادتهم فيقوي بها جانب المدعي.

وكذلك يقوى جانبه بأي نوع من أنواع البينة التي تثبت بها الحقوق، أما المدعي عليه فقد اكتفى منه عند إنكاره ادعاء المدعي وعجزه عن إثبات دعواه، حلف اليمين وهو حجة ضعيفة لأن الحالف بيمينه يجلب لنفسه نفعاً ويدفع عنها ضرراً، فيقوي بذلك جانبه القوي أكثر من السابق(١)

١٧٨ ـ لا يجوز العدول عن حكم هذه القاعدة:

وهذه القاعدة لا يجوز العدول عن مقتضاها والحكم بموجبها حتى لو اصطلح الخصمان (المدعي والمدعى عليه) على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه يلزمه الحق الذي يدعيه المدعي وحلف المدعي فلا يلزم المدعى عليه ما ادعاه المدعي(٢)

١٧٩ ـ بم يكون الحلف:

ويكون تحليف المدعي عليه المسلم بالله تعالى، إذ لا يجوز الحلف بغير الله، وإذا كان المدعي عليه نصرانياً قال في حلفه: والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، وإن كان يهودياً قال في حلفه: والله الذي أنزل التوراة على موسى، وإذا كان مجوسياً قال في حلفه: والله الذي خلق النار(٣)

١٨٠ ـ التحليف حق للحاكم ولكن بطلب من الخصم:

فلو استحلف المدعي المدعى عليه فحلف ولو بحضرة الحاكم، أو حلفه

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٥١.

(٢) المرجع السابق، ص٥١.

(٣) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٠٤.

الحاكم ولكن بدون طلب المدعي فحلف فلا عبرة بحلفه وله تحليفه ثانياً(١)

١٨١ ـ لا يحلف أحد عن غيره:

واليمين لا تدخلها النيابة فلا يجوز أن يحلف أحد عن غيره، ولهذا لو كان المدعي عليه صغيراً لم يحلف وليه المقامة عليه الدعوى نيابةً عنه وإنما يقف الأمر حتى يبلغ الصغير(٢)

١٨٢ ـ شروط وجوب اليمين على المدعي عليه:

أولاً: إنكاره الحق المدعي به، فلو كان مقراً به لم تجب عليه اليمين.

ثانياً: أن يطلب المدعي تحليفه اليمين لأن هذا حقه ولا يجبر الإنسان على استعمال حقه ولا يكلف القاضي بالمطالبة بهذا الحق.

ثالثاً: أن تكون الدعوى صحيحة، فلو كانت فاسدة لا تجب اليمين على المدعي عليه ولو وجهت إليه فامتنع لا يعتبر ناكلاً، لأن النكول المعتبر يكون في الدعوى الصحيحة لا الفاسدة.

رابعاً: أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف.

١٨٣ ـ تحليف المدعي مع إقامته البينة(٣):

الأصل أن المدعي إذا أقام بينته المقبولة شرعاً حكم له القاضي بموجب بينته هذه، ولا يطلب منه حلف اليمين مع بينته التي أقامها، إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات حيث يوجه القاضي اليمين على المدعي ليحلفها على ما ادعاه بالرغم من تقديمه البينة المقبولة شرعاً، وذلك قبل أن يصدر القاضي الحكم، ومن هذه الاستثناءات ما يأتي:

أولاً: من ادعى حقاً على ميت إضافة لتركته في مواجهة أحد الورثة

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٠٤.

(٢) المغني لابن قدامة الحنبلي، ج٩، ص٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) الفتاوى الهندية، ج٤، ص١٤، الشيخ علي قراعة: المرجع السابق، ص٢٣٦ ـ ٢٣٩.

وأثبت دعواه فإن القاضي يحلفه بالله، من غير طلب من الوصي أو الوارث، قائلاً: والله ما استوفيت ديني من المديون الميت، ولا من أحد أداه لي عنه، ولا قبض لي قابض ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندي به ولا شيء منه رهن.

وهذه اليمين ليست لحق الورثة وإنما هي للتركة لجواز أن يكون للميت دائن آخر أو موصي له فيحلفه القاضي احتياطاً وإن لم يطلب الخصم، وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وأصدر حكمه لم ينفذ حكمه.

ثانياً: المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة في مال الزوج الغائب فإن القاضي يحلفها بالله ما أعطاك نفقتك حين خرج ولم يترك لك مالاً ولم يطلقك.

القاعدة الحادية والستون

البينة لإثبات خلاف الظاهرِ واليمين لإبقاء الأصل

١٨٤ ـ معنى القاعدة:

المراد بالظاهر الأصل، فالبينة تقام لإثبات خلاف هذا الأصل.

أما اليمين فقد شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عدم أو وجود فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلاف هذا الأصل يكون القول قول من يتمسك بالأصل بيمينه[١]

وذلك لأن الذي يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بينة تشهد له، وأما الذي يتمسك بالظاهر فإنما يتمسك بأصل مشهود له بالاعتبار فيصدق بيمينه لإبقاء هذا الأصل، مثلاً لو ادعى ديناً على آخر وجب عليه إثباته بالبينة لأنه يدعي بخلاف الظاهر أي بخلاف الأصل براءة الذمة، وأما المدعي عليه المنكر فإنه يتمسك بهذا الأصل فالظاهر يشهد له فيصدق يمينه لإبقاء هذا الأصل (الأصل براءة الذمة).

١٨٥ ـ أمثلة وفروع للقاعدة[٢]:

(منها) إذا ادعى أحدهما الطوع في العقود والإقرار وادعى الأخر الإكراه، فالبينة على مدعي الإكراه، لأن الأصل الطوع، فادعاء الإكراه ادعاء بما يخالف الظاهر، ولا يمين على مدعي الطوع لإبقاء هذا الظاهر ـ الأصل ـ وهو الطوع لأنه هو الأصل في العقود والإقرار.

(ومنها) إذا ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين لها في

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٢٤.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٥١.

مدة مديدة فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤهما في ذمته، كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن فإن القول للدائن.

١٨٦ ـ بيان ما هو الأصل في بعض العقود[١]:

الأصل في الإعارة والوكالة التقييد، والإطلاق فيهما خلاف الظاهر، فمن يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة، أما المتمسك بالظاهر فيصدق بيمينه، وعكس ذلك في الكفالة والمضاربة أي أن الأصل فيهما الإطلاق، والتقييد خلاف الظاهر فمن يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة، ومن يتمسك بالأصل يقبل قوله بيمينه.

١٨٧ ـ ما يستثنى من القاعدة:

يخرج عن هذه القاعدة مسائل:

(منها) ما لو ادعى المودِع رد الوديعة أو هلاكها فالقول قوله مع أن الأصل بقاءها عنده، وإن كلاً من الرد والهلاك عارض أي من الصفات العارضة والأصل فيها العدم[٢]

(ومنها) ما جاء في المادة ١٧٦٦ ونصها: ترجيح بينة الصحة على بينة المرض، مثلاً إذا وهب رجل مالاً لأحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة إنه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له.

وإن لم تكن لأحدهما بينة فالقول لمدعي المرض وذلك لأن الأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، والمرض أقرب للموت من حالة الصحة فكان مدعيه متمسكاً بالأصل فيصدق بيمينه، أما مدعي الصحة فحيث كان مدعياً خلاف الأصل فلا يصدق إلا ببينة[٣]

---

(١) سليم رستم باز، ص٥١.
(٢) المرجع السابق، ص٥٢.
(٣) المرجع السابق، ص١١٣٤.

القاعدة الثانية والستون

البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة

١٨٨ ـ معنى القاعدة:

أي إن الإقرار حجة على المقر فقط فلا يسري حكمه إلى غيره، وأما البينة فهي حجة على من قامت عليه وعلى غيره أيضاً، وإنما كان الإقرار حجة على نفس المقر فقط لأن كونه حجة يبتني على زعمه، وزعمه ليس حجة على غيره[١]

١٨٩ ـ الأمثلة والفروع للقاعدة[٢]:

(منها) لو اشترى شيئاً فاستحقه منه غيره بالحكم الشرعي، فإن كان استحقه بإقرار المشتري فليس للمشتري الرجوع على بائعه بالثمن لأن إقراره لا يسري على البائع، ولكن لو استحقه بالبينة رجع على بائعه بالثمن لأن حكمها ـ البينة ـ سرى عليه أيضاً.

(ومنها) لو أقر الراهن بالمرهون لرجل فلا ينفذ إقراره على المرتهن بل لا بد للمقر له من إقامة البينة بوجه الراهن والمرتهن.

١٩٠ ـ مستثنيات القاعدة:

(منها) لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن أن يبيعها وإن تضرر المستأجر بفسخ الإجارة.

(ومنها) من كان مؤجراً نفسه من الغير فأقر لآخر بدين فإنه يحبس، وإن تضرر المستأجر.

---

(١) سليم رستم باز، ص٥٢.

(٢) المرجع السابق، ص٥٢ ـ ٥٣.

القاعدة الثالثة والستون

لا حجة مع التناقض،
ولكن لا يختل معه حكم الحاكم

١٩١ ـ معنى القاعدة:

جاء في المادة ٨٠ من المجلة التي وردت القاعدة فيها ما يبين المقصود من هذه القاعدة، فقد نصت المادة ٨٠ المشار إليها: لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم، فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة، أما لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به أولاً لا ينقض ذلك الحكم، وإنما يلزم الشاهدين ضمان المحكوم به.

ومن الواضح أن رجوع الشاهدين عن شهادتهما يفقدها حجيتها واعتبارها لوضوح التناقض فيها ولكن إذا ارتبط بها حكم الحاكم، فالحكم يمضي استقراراً للأحكام ولكن يحمل الشاهدان مسؤولية رجوعهما عن شهادتهما سواء كانت مسؤوليتها مالية لما سبباه من ضرر للمحكوم عليه، أو مسؤولية جزائية إذا أقرا بأن شهادتهما كانت شهادة زور فرجعا عنها.

١٩٢ ـ أنواع التناقض(١):

التناقض قد يكون في الدعوى فقط أو في الشهادة فقط، أو بين الدعوى والشهادة:

أ ـ فإن كان في الدعوى فإنها ترد ابتداءً فلا تسمع إلا إذا كان التناقض في محلات الخفاء، أو فيما إذا وفق المدعي بين تناقضه، كما لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ثم ادعى أنه ملكه فإن دعواه لا تسمع، ولكن إذا وفق كأن قال كنت مستأجراً الدار ثم اشتريتها تسمع دعواه.

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٣٧، وما بعدها.

ب ـ وإن كان التناقض في الشهادة بأن رجع الشهود كما في مثال المادة السابقة، فإنه يشترط رجوعهم في مجلس حاكم أي حاكم كان، فإن كان خارجه فلا اعتبار له سواء كان قبل حكمه أو بعده، فإن كان رجوعهم في مجلس الحكم قبل الحكم بشهادتهم فإنها ترد لتناقضهم ويعزرون ولا ضمان عليهم، وإن كان بعد الحكم بها فلا ينقض الحكم لأن كلامهم الثاني (رجوعهم) مثل الأول يحتمل الصدق، ولكن ترجح الأول باتصال القضاء به، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن، فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد الحكم فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف، والإتلاف سبب للضمان.

ج ـ وإن كان التناقض في دعوى المدعي والشهادة كما لو ادعى على آخر ألفاً ثمن مبيع فشهد الشهود بأنه قرض أو ادعى ملك شيء بالإرث من والده فشهد الشهود أنه ملكه بالإرث من أمه أو ادعى بألف ذهباً فوافق أحد الشهود، وخالف الآخر فشهد أنها فضة، فإن البينة في جميع ذلك لا تعتبر.

١٩٣ ـ أمثلة لمحلات الخفاء التي يعذر فيها عن التناقض:

من محلات الخفاء التي يعذر فيها عن المتناقض عن تناقضه ما جاء في المادة ١٧٦٦ من المجلة ونصها: يعفي التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كان في محل خفاء، مثلاً إذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجاره الدار بأنها ملكه، وإن أباه كان قد اشتراها له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند الاستئجار وأبرز له سنداً يحوي ذلك تصير دعواه مسموعة، ولا يكون هذا التناقض مانعاً لصحة دعواه لما فيه من الخفاء لأن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه، والابن لا علم له بذلك.

(ومنها) أيضاً ما جاء في نفس المادة وهو قولها: وكذلك لو استأجر واحد داراً ثم علم بأن تلك الدار انتقلت إليه بالإرث من أبيه وادعى بذلك على المؤجر تسمع دعواه.

(ومنها) ما لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له ثم ادعت أنه كان قد طلقها قبل الخلع ثلاثاً، وبرهنت على ذلك تقبل بينتها وتسترد البدل، لأن الطلاق مما قد يخفى على الزوجة لأنه بيد الزوج، وقد يوقعه دون علمها.

القاعدة الرابعة والستون

الخراج بالضمان

١٩٤ ـ أصل هذه القاعدة:

هذه القاعدة بهذا اللفظ، هي حديث نبوي شريف أخرجه ابن ماجه في باب التجارات، عن عائشة رضي الله عنها، ولفظه: إن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فرده فقال: يا رسول الله إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[١]. وقال أبو عبيد: الخراج في هذا الحديث غلة العبد، يشتريه الرجل فيستعمله زماناً ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها، لأنه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله، وهذا الحديث الشريف من جوامع الكلم حتى إن بعض أهل العلم قال لا يجوز نقله بالمعنى أي لا يجوز رواية الحديث بالمعنى إذا كان من جوامع الكلم[٢]

١٩٥ ـ معنى القاعدة:

قال الزركشي في معنى هذه القاعدة، التي هي حديث نبوي شريف كما قلناه: ما خرج من الشيء من عين ومنفعته وغلة، فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم[٣]

وخلاصة معنى هذه القاعدة: إن الشيء الذي مؤنته على إنسان وإذا تلف يكون تلفه عائداً عليه، يقال لذلك الشيء إنه في ضمانه وبمقابلة هذا تكون

---

(١) سنن ابن ماجه، ج٣، ص٧٥٣، رقم الحديث: ٢٢٤٣.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٧٥.

(٣) نقلاً عن كتاب القواعد الفقهية للأستاذ علي أحمد الندوي، ص٤٠٧.

منافعه خاصة به، سواء انتفع بها بنفسه أو تناولها بغلتها[1]

١٩٦ ـ من فروع القاعدة:

أولاً: ما جاء في المادة ٨٥ من مجلة الأحكام العدلية: الخراج بالضمان يعني من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان، مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أُجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي إن خسارته كانت راجعة عليه.

ثانياً: إن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة لا تمنع الرد بالعيب، وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجاناً لأنها لم تكن جزءاً من المبيع فلم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان[2]

---

(١) هذا ما قاله الأتاسي في شرحه للمجلة، ج١، ص٢٤١، نقلاً عن كتاب الندوي السابق، ص٤٠٧.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٥٧.

القاعدة الخامسة والستون

الأجر والضمان لا يجتمعان

١٩٧ ـ معنى القاعدة:

الأجر، بدل المنفعة، والضمان، المراد بضمان الشيء إعطاء مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيماً، ومعنى القاعدة: إن ما يجب فيه ضمان لا تجب أجرة، لأن في الضمان معنى التملك، فالضامن كالمالك، والمالك لا يدفع أُجرة عما يملكه، فكذا الضامن، وعلى هذا من استأجر شيئاً ثم أتلفه بتعد منه أو تقصير ضمن ما أتلفه بالمثل أو بالقيمة ولا أجرة عليه[١]

١٩٨ ـ نطاق تطبيق القاعدة:

وما قلناه في معنى القاعدة، إنما هو عند اتحاد جهة الأجرة وجهة الضمان أي اتحاد سبب الأجرة ومحل الضمان، فإذا اختلفت الجهتان فلا مانع من اجتماع الأجر والضمان، فقد جاء في شرح المجلة بخصوص هذه القاعدة: يتفرع على هذه القاعدة ما إذا تجاوز المستأجر إلى ما فوق الشروط بوجه يوجب الضمان، فلا تلزمه الأجرة مثلاً إذا استأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا أجر عليه. وهذا كله إذا اتحد السبب والمحل، أما إذا اختلف فلا مانع من اجتماع الأجر والضمان كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه إلى محل معين فركبها بنفسه ولكنه أردف معه من يتمسك بنفسه وبعد وصوله إلى ذلك المحل هلكت الدابة فإنه يلزمه الأجر ويضمن نصف قيمة الدابة، أما لزوم الأجرة فلأنه تعدى بأن أركب معه من يستمسك بنفسه، فكان الأجر لسبب، والضمان لسبب آخر[٢]

---

(١) أستاذنا السيد منير القاضي رحمه الله: المرجع السابق، ص١٥١.

(٢) سليم رستم باز، ص٥٧ ـ ٥٨.

١٩٩ ـ من فروع القاعدة:

جاء في المادة ٥٤٦ من مجلة الأحكام العدلية: لو اشتريت دابة إلى محل معين فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل آخر، فإن ذهب وتلفت الدابة يضمن.

ولا أجر عليه سواء هلكت الدابة أو سلمت أما في الصورة الأولى أي هلاك الدابة، فلأن الأجر والضمان لا يجتمعان وأما في الصورة الثانية ـ أي عدم هلاكها ـ فإنه استوفى منفعة بدون عقد وهي غير المنفعة المعقود عليها فكان غاصباً ومنافع المغصوب غير مضمونة إلا إذا كان وقفاً أو مال يتيم أو معداً للاستغلال[١]

---

(١) سليم رستم باز، ص٢٩٥ ـ ٢٩٦.

القاعدة السَّادسة والستون

الجواز الشرعي ينافي الضمان

٢٠٠ ـ معنى القاعدة:

أي ما جاز فعله أو تركه شرعاً لا يتحمل صاحبه المسؤولية عما صدر عنه، فلا يتحمل مثلاً تعويض ما أصاب الغير من ضرر نتيجة فعله أو تركه ما دام الشرع قد أذن له بهذا الفعل أو الترك.

٢٠١ ـ أمثلة على عدم الضمان فيما جاز فعله شرعاً:

(منها) ما جاء في المادة ٩١ من مجلة الأحكام العدلية: الجواز الشرعي ينافي الضمان فلو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل، وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً.

(ومنها) ما جاء في المادة ١٥٠٠ من مجلة الأحكام العدلية: للوكيل أن يأخذ بثمن المال الذي باعه نسيئة رهناً وكفيلاً، ولا يضمن إذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل، لأنه حيث جاز له أخذ الرهن فلا يضمن بهلاكه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل وإلا فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان بمثل الثمن[١]

(ومنها) ما جاء في المادة ٧٩٥ من المجلة: يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته أو على يد أمينة، وإذا أرسلها أو ردها بواسطة أمينة فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان.

وكذا إذا ردها بواسطة من في عياله لأنه حيث كان له أن يحفظ الوديعة

---

(١) سليم رستم باز، ص٨٠٩ ـ ٨١٠.

بمن في عياله أو بأمينة جاز له أن يردها معه وإذا هلكت حينئذٍ بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن إلا إذا ردها مع ابنه الصغير غير المميز فإنه يضمن[1]

٢٠٢ ـ أمثلة على عدم الضمان فيما جاز تركه شرعاً:

وأما ما جاز تركه شرعاً، وبالتالي لا ضمان عليه فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به انتظاراً لبيع أو شراء أفضل حتى هلك في يده المبيع والثمن.

أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه تريثاً منه وانتظاراً لفرصة أحسن للعمل حتى هلك في يده، فإنه لا ضمان على الوكيل والمضارب لأن امتناعهما عما وكلا فيه جائز شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

٢٠٣ ـ ما يشترط لعدم الضمان:

ويشترط لعدم الضمان في الجائز شرعاً فعلاً أو تركاً أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه.

وعلى هذا لو تلف بمروره في الطريق العام شيء، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئاً بيدها أو فمها وهو راكبها أو سائقها أو قائدها، فإنه يضمن لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً شرعاً لكنه مقيد بشرط السلامة.

ويشترط أيضاً لعدم الضمان أن لا يكون إتلاف مال الغير لأجل نفس المتلف، من ذلك ما نصت عليه المادة ٩١٩ من المجلة: لو هدم واحد داراً بلا إذن صاحبها لأجل وقوع حريق في المحلة، وانقطع هناك الحريق، فإن كان الهادم قد هدمها بأمر ولي الأمر لا ضمان عليه، وإن كان هدمها من عند نفسه كان ضامناً. وجاء في شرحها: ولو كان قد هدمها حتى ينقطع الحريق عن داره ضمن أيضاً لأنه وإن كان مضطراً فالاضطرار لا يبطل حق الغير، وإنما لم

---

(١) سليم رستم باز، ص٨٤١.

يضمن فيما لو هدمها بأمر ولاة الأمر لأن لهم ولاية عامة فيصح أمرهم لدفع الضرر العام، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو استهلك مضطر طعام غيره فإن هذا وإن كان جائزاً له إن لم يكن صاحب الطعام محتاجاً إليه فإن المضطر يضمن ما استهلكه من مال غيره لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان إن لم يكن الإنسان يتلف مال غيره من أجل نفسه.

القاعدة السَّابعة والستون

الغرم بالغنم

٢٠٤ ـ معنى القاعدة:

جاء معنى القاعدة في المادة ٨٧ من مجلة الأحكام العدلية. ونصها: الغرم بالغنم يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

وهذه القاعدة أفادت عكس ما أفادته قاعدة «الخراج بالضمان» فإن من يحصل على منافع شيء يتحمل تكاليفه ومؤونة مستلزمات بقائه.

٢٠٥ ـ فروع القاعدة:

أولاً: من مجلة الأحكام العدلية:

لقد بنيت على هذه القاعدة جملة أحكام جاءت بها مواد مجلة الأحكام العدلية منها ما يأتي:

المادة ١٣١٨ إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف سقوطه وطلب أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك.

المادة ١٣٢٢ من المجلة: كري النهر المملوك المشترك على أصحابه أي على من له حق الشرب لا يشاركهم في مؤونة الكري والإصلاح أصحاب حق الشفعة.

ثانياً: ومن فروع القاعدة: أن الشركاء في شركة الأموال يتحملون الخسارة والربح بنسبة حصصهم في مال الشركة، ويتحمل الشركاء في العقار المشترك نفقات ترميمه بنسبة حصصهم فيه كما يقتسمون غلته بنسبة حصصهم فيه، وأجور تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري يتحملها المشتري،

لأنه هو الذي ينتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته، ونفقة العارية على المستعير لأن منفعتها له، وكذا تعمير منزل الوقف المشروط للسكن لا يلزم غلة الوقف بل يلزم من له السكن لأن منفعة السكن لهم فيتحملون تعميره[1]، والظاهر أنهم يتحملون الترميمات التي يحتاجها المنزل من حين لآخر، وليس المقصود بناء أو إعادة بناء منزل الوقف.

(١) سليم رستم باز، ص٥٨.

القاعدة الثامنة والستون

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر

٢٠٦ ـ معنى القاعدة:

إذا اجتمع المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات، والمتسبب له أي المفضي والموصل إلى وقوعه يضاف الحكم إلى المباشر، لأن الفاعل هو العلة المؤثرة والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأن تلك أقوى وأقرب، إذا المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه ـ من تلف أو غيره ـ فعل فاعل مختار فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب[١]

٢٠٧ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أولاً: جاء في المادة ٩٠ من مجلة الأحكام الأردنية: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، مثلاً لو حفر بئراً في الطريق العام فألقى رجلٌ آخر حيواناً في تلك البئر.

ثانياً: وكذلك إذا حفر بئراً في طريق العامة فألقى نفسه في البئر لا ضمان على الحافر ـ وكذا لو فتح باب غيره فدخل آخر وسرق البيت فالضمان على السَّارق لأنه مباشر لا على فاتح الباب لأنه متسبب[٢]

٢٠٨ ـ ما يشترط لضمان المباشر وحده:

قلنا إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، غير أن

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٧٩.

(٢) سليم رستم باز، ص٥٩.

ذلك محله فيما إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف كما لو حفر أحد بئراً في الطريق العام فأتى آخر وألقى حيواناً في ذلك البئر فإن الضمان على الذي ألقى الحيوان ولا شيء على الحافر لأن الحفر لا يعمل شيئاً بانفراده، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فالضمان على المسبب والمباشر كما لو نخس رجل دابته بإذن راكبها فوطئت أحداً، فالضمان عليهما، وإن كان النَّاخس مسبباً لأن السبب في هذه الصورة يعمل بانفراده في التلف فلا يزول ولا يسقط حكمه بالمباشر[١]

٢٠٩ ـ استثناء من القاعدة:

لو دل المودع السارق على الوديعة فإنه يضمن لتركه الحفظ[٢]

(١) سليم رستم باز، ص٥١٧.

(٢) سليم رستم باز، ص٥٩.

القاعدة التاسعة والستون

المباشر ضامن وإن لم يتعمد

٢١٠ ـ معنى القاعدة:

جاء في المادة ٨٨٧ من المجلة: الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر.

فالمباشر هو الذي يلي الفعل بنفسه، فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه أو لم يكن، كمن رمى صيداً بسهم فأصاب إنساناً معصوم الدم فقتله فإنه يضمن ديته[١]، وإنما كان الحكم كما ذكرنا لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان ما أتلفه بعد أن كان مباشراً للإتلاف، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف فلا يصلح عدم التعمد سبباً مسقطاً للحكم[٢]

٢١١ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

(منها) أن المادة ٩١٢ من مجلة الأحكام العدلية نصت على أنه: إذا أتلف واحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد يضمن.

(ومنها) نصت المادة ٩١٣ من المجلة على أنه: إذا زلق واحد وسقط فأتلف مال آخر ضمنه.

ولو كان قد زلق رغماً عنه لأن الإتلاف هنا حدث بفعله المباشر، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد.

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٦٠.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣١٥.

(ومنها) نصت المادة ٩١٤ من المجلة: لو أتلف واحد مال غيره على ظن منه أنه ماله يضمن. لأن الجهل وإن أعفاه من الإثم لا يعفيه من الضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف عى عمده وقصده[(١)]

(ومنها) نصت المادة ٩١٦ من المجلة: إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له ينتظر إلى حين الميسرة، ولا يضمن وليه. والضمان يلزم الصبي المتلف ولو كان غير مميز لأنه مباشر والضمان يتبع المباشرة، ولا يشترط لوجوبه على المتلف عقله ولا تمييزه.

---

(١) سليم باز: المرجع السابق، ص٥٠٩.

القاعدة السَّبعون

المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد

٢١٢ ـ معنى القاعدة:

المتسبب هو من يسبب تلف الشيء بعمله أمراً يفضي إلى إتلافه، فهو لا يضمن إلا إذا كان متعمداً[١]

وقد عرفت المادة ٨٨٨ من المجلة الإتلاف بقولها: الإتلاف تسبباً هو التسبب في تلف شيء، يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب، فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً، وكذلك إذا شق واحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً.

٢١٣ ـ ما يشترط لوجوب الضمان على المتسبب:

ويشترط لوجوب الضمان على المتسبب أن يكون متعدياً، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢٤ من مجلة الأحكام العدلية بقولها: يشترط التعدي ليكون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً يعني إن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر، مثلاً لو حفر واحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت فإنه يضمن.

٢١٤ ـ تعليق الفرق بين تضمين المباشر وتضمين المتسبب:

والسبب في تضمين المباشر مطلقاً، وتضمين المتسبب عند التعدي أو التعمد هو أن المباشرة علة وسبب مستقل للتلف أما التسبب فليس سبباً مستقلاً

---

(١) سليم باز، ص٦٠.

فاقتضى أن يرافقه صفة عداء ليصلح علة للتضمين[1]

٢١٥ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

أولاً: نصت المادة ٩٢٣ من مجلة الأحكام العدلية: لو جفلت دابة واحد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان، أما إذا أجفلها قصداً فإنه يضمن، وكذا لو جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان، وأما إذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصداً إجفالها فإنه يضمن.

ثانياً: نصت المادة ٩٢٢: لو أتلف مال آخر أو نقص قيمته تسبباً يعني لو فعل ما كان سبباً مفضياً إلى تلف مال أو نقصان قيمته كان ضامناً. وكذا لو سد واحد ماء أرض لآخر أو ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت، أو أفاض الماء بزيادة ففرغت المزروعات، وتلفت كان ضامناً، وكذا لو فتح واحد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته وضاعت أو فتح باب قفصه وفر الطير الذي كان فيه فإنه يضمن.

٢١٦ ـ المقصود بالتعمد:

قلنا إن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، والمقصود بالتعمد أن يقصد بالفعل، الأثر المترتب عليه، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر، مثلاً لو رمى بالبندقية فخافت الدابة فندت وأتلفت شيئاً فإنه يشترط لصيرورته ضامناً أن يكون قد قصد الإخافة فقط، ولا يشترط لصيرورته ضامناً أكثر من ذلك بأن يكون قد قصد الإخافة لأجل سيرها، ولا يشترط أن يكون قد قصد سيرها لتتلف[2]

---

(١) سليم باز، ص٦٠.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٨٧.

القاعدة الحادية والسبعون

يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً

٢١٧ ـ معنى القاعدة:

يضاف إلى الفعل أي ينسب حكمه إلى الفاعل لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث ما يثبت لها من أحكام لا من حيث ذواتها، لأن الفاعل هو العلة للفعل، ولا ينسب الفعل إلى الآمر به، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل، ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر، ولأن الأمر من الآمر قد يكون سبباً والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها لأنها هي المؤثرة فيها ولا تضاف إلى أسبابها لأنها موصلة إليها في الجملة والموصل دون المؤثر[١]

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر ما لم يكن الآمر مجبراً أو مكرهاً للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرهاً له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه لا إلى الفاعل، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره[٢]

٢١٨ ـ من أمثلة القاعدة:

لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم، أو بقتل نفس معصومة. . . ففعل. . . فالضمان هو القصاص على الفاعل لا على الآمر، إلا إذا كان الآمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذٍ إذا كان إكراهه ملجئاً، ومن الإكراه المعتبر ها هنا

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٧٠.

(٢) كتابنا الوجيز في أصول الفقه، ص١٣٧ ـ ١٣٨.

أيضاً. ما إذا كان الآمر سلطاناً فإن أمره للمأمور إكراه، ولو كان المأمور مجنوناً أو غير بالغ ففعل ما فيه ضمان فالضمان عليهما، ويرجعان على الآمر، إن كان بالغاً عاقلاً، أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا رجوع لهما عليه[1]

٢١٩ ـ مستثنيات القاعدة:

(منها) إذا كان المأمور أجيراً خاصاً للآمر فتلف بعمله شيء من غير أن يتجاوز بعمله المعتاد الضمان على أستاذه الآمر له، كما لو تخرق الثوب من دقه فالضمان على أستاذه الآمر.

(ومنها) لو أمر أجيره الخاص برش الماء في فناء دكانه فرش كما أمره، فما تولد منه فضمانه على الآمر، ولو كان الرش بغيرأمره لكان الضمان على الراش.

(ومنها) إذا أمر رجلاً بحفر باب في حائط الغير قائلاً له احفر لي باباً في حائطي فالضمان على الحافر ويرجع على الآمر[2]

٢٢٠ ـ الضابط في مسائل القاعدة:

والضابط في مسائل القاعدة، وما يصح الاستثناء فيها وما لا يصح هو: كل ما لا يصح فيه الأمر فالضمان على المأمور لا الآمر، وكل موضع يصح فيه الأمر فيجب الضمان على الآمر[3]

---

(١) سليم باز، ص٥٨، الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٧٥.
(٢) سليم رستم باز، ص٥٨ ـ ٥٩، الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٧٧ ـ ٣٧٨.
(٣) الشيخ محمد صدقي البورنو: المرجع السابق، ص٣٧٩.

القاعدة الثانية والسبعون

لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه

٢٢١ ـ معنى القاعدة:

ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمته بالتصرف فيه بلا إذن صاحبه، وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا إذنه ولا استعمال حائط الجار بلا إذنه، والإذن قد يكون صراحة وقد يكون دلالة، فالصريح كتوكيل شخص آخر في بيع داره، والإذن دلالة كما في ذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك، ويقوم مقام الإذن، الوكالة، والولاية والوصاية على مال الغير، فإن تصرف الإنسان في ملك غيره بلا إذن ولا صفة تبيح له التصرف، فتصرفه في ملك الغير لا يجوز شرعاً ويعتبر باطلاً في أحكام القضاء.

٢٢٢ ـ من فروع القاعدة:

أ ـ جاء في المادة ١٠٧٥ من مجلة الأحكام العدلية: كل من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة سائرهم فليس أحدهم وكيلاً عن الآخر ولا يجوز له من ثم أن يتصرف في حصة شريكه بدون إذنه.

ب ـ وجاء في المادة ٤٤٦ من المجلة: يلزم أن يكون الآجر متصرفاً فيما يؤجر هو أو وكيله أو وليه أو وصيه.

فهذه المادة بينت شروط نفاذ الإجارة، وهي أن يكون المؤجر مالكاً لما يؤجره أو متصرفاً به نيابة عن المالك كالوكيل أو بإذن منه كالمستأجر أو بولاية من قبل الشرع كالأب والوصي[1]

---

(١) سليم باز، ص٢٥٣.

القاعدة الثالثة والسبعون

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

٢٢٣ ـ معنى القاعدة:

كما لا يجوز التصرف في ملك الغير بدون إذن منه ولا وكالة منه، ولا ولاية عليه، لا يصح أيضاً الأمر بالتصرف فيه بدون ما ذكرنا من إذن أو وكالة أو ولاية، ويكون الضمان على المأمور لا على الآمر ما لم يكن مجبراً، لأن أمر الآمر في هذه الحالات لا يجاوز أن يكون مشورة وهي غير ملزمة للمأمور ولا تصلح مستنداً لتبرير عمله وخلاصه من المسؤولية والضمان.

٢٢٤ ـ من فروع القاعدة ومستثنياتها[١]:

(منها) جاء بالدراهم ليدفعها إلى دائنه فقال له الدائن ألقها في البحر ففعل فإنها تهلك على المديون لأنه لما كان الدائن لم يقبضها لم تصر ملكه فلم يصح الأمر.

(ومنها) لو أمر غيره بأن يأخذ متاع غيره ويحرقه أو يلقيه في البحر أو يأمره بتهديم بيته فالضمان على الفاعل لا على الآمر إلا إذا كان الفاعل مجبراً ـ مكرهاً ـ فالضمان على الآمر.

ومن مستثنيات القاعدة ما لو ظهر حريق وخشي من تعديه فيجوز لأولياء الأمر أن يأمروا بهدم البيوت المجاورة له منعاً لسريانه ولا ضمان على من قام بالهدم.

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٦١.

القاعدة الرابعة والسبعون

تبدل سبب الملك قائماً مقام تبدل الذات

٢٢٥ ـ معنى القاعدة وأساسها:

إذا تبدل سبب تملك شيء ما فإن ذلك الشيء يعتبر متبدلاً حكماً، وإن لم يتبدل هو حقيقة[١]

وأساس هذه القاعدة الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم، ففي رواية مسلم عن أنس بن مالك ﷺ قال: أدت بريرة إلى النبي ﷺ لحماً تُصِدّقَ به عليها فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية».

وقد قال الإمام النووي في تعليقه على هذا الحديث وأمثاله: باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة وبيان أن الصدقة إذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل أحد ممن كانت الصدقة محرمة عليه[٢]

٢٢٦ ـ من فروع القاعدة:

أ ـ لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت إليه بسبب جديد بأن باعها منه أو تصدق بها عليه، فأراد الواهب أن يرجع بهبته لا يملك ذلك[٣]، لأن الموهوب له لما أخرج بالموهوب من ملكه ثم عاد إليه بسبب ملك جديد كشرائه، فكأنما تملك عيناً جديدة هي غير التي وهبها له الواهب فلا يملك الرجوع فيها.

ب ـ الفقير إذا أخذ ـ زكاة أو صدقة ثم وهبها لغني أو هاشمي حل ذلك المال لهما لتبدل العين بتبدل سبب الملك[٤]

---

(١) الشيخ محمد صدقي البورنو: المرجع السابق، ص٣٤٥.

(٢) السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج، ج٣، ص٥٠٩.

(٣) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٣٩٩.

(٤) الشيخ محمد صدقي البورنو: المرجع السابق، ص٣٤٥.

القاعدة الخامسة والسبعون

جناية العجماء جبار

٢٢٧ ـ معنى القاعدة:

«جناية العجماء» أي ما تحدثه البهيمة من الأضرار بالنفس أو المال «جبار» أي يعتبر هدراً لا ضمان فيه على صاحبها إذا لم يصدر منه تعدٍ أو تقصير، فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها فأتلفت فرساً لأخر مربوط بجنبها فلا ضمان على صاحبها، ولكن لو أطلق شخص دابته في زرع الغير أو رآها فيه ولم يطلقها هو فيه ولم يمنعها ولم يحجزها عن الزرع حتى أتلفته فإنه يضمن في الحالتين لأنه في الأولى متعدي وفي الثانية مقصر في حفظها.

٢٢٨ ـ أساس القاعدة:

وأساس هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف الصحيح الذي ورد بلفظ «العجماء جرحها جبار» قال الإمام ابن دقيق العيد في شرح الحديث: الجبار الهدر، وما لا يضمن، والعجماء: الحيوان البهيم(١)

٢٢٩ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أولاً: جاء في المادة ٩٣٩ من مجلة الأحكام العدلية: إذا ربط شخصان دابتين في محل لهما فيه حق الربط فأتلفت إحدى الدابتين الدابة الأخرى، فلا يلزم الضمان.

ثانياً: جاء في المادة ٩٣٠ لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت بيديها أو

---

(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، ج٢، ص١٨٩ ـ ١٩٠، نقلاً عن كتاب القواعد الفقهية للأستاذ علي أحمد الندوي، ص٤٠٥.

رأسها أو ذيلها أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن، وإنما لم يضمن لأنه متسبب لا مباشر وليس بمتعدٍ في تسييرها في ملكه.

ثالثاً: جاء في المادة ٩٢٩ في المجلة: الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه. فلو انفلتت دابة بنفسها ولو في الطريق أو في ملك غير صاحبها فأصابت مالاً أو آدمياً نهاراً أو ليلاً لا ضمان في هذه الحالات لأن جناية العجماء جبار، ولو رفست الفرس البيطار بينما هو يعالجها فلا ضمان على صاحب الفرس(١)

رابعاً: وجاء أيضاً في المادة ٩٢٩ من المجلة: وكذا لو كان الحيوان مضراً كالثور النطوح والكلب العقور فتقدم إلى صاحبه واحد من أهل محلته أو قريته بقوله له: حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه فاتلف حيواناً آخر أو غير ذلك من ماله ضمن صاحبه، وهذا سواء كان المتلف مالاً أو آدمياً.

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٥٢٥.

القاعدة السادسة والسبعون

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

٢٣٠ ـ معنى القاعدة:

بنيت هذه القاعدة على أساس السياسة الشرعية وأصل سد الذرائع المفضية إلى المفاسد، ومعنى القاعدة: إن من استعجل الحصول على شيء قبل حلول وقت سببه الشرعي وذلك بسلوكه وسائل غير مشروعة أصلاً، أو مشروعة في الظاهر ولكن بقصد غير مشروع فإنه يحرم من الحصول على ذلك الشيء عقاباً له أو معاملة له بعكس قصده السيء.

٢٣١ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

(منها) قتل الوارث مورثه يحرمه من الميراث لاستعجاله الحصول عليه بارتكابه وسيلة غير مشروعة وهي قتل مورثه، فقد جاء في الحديث الشريف «لا يرث القاتل».

(ومنها) قتل الوارث الموصى له الموصي يحرمه من الوصية قياساً على حرمان الوارث من الميراث إذا قتل مورثه.

(ومنها) توريث المطلقة بائناً دون رضاها في مرض موت زوجها، وهو المعروف بطلاق الفار أنه قصد بطلاقه لها حرمانها من الميراث، فتورث بالرغم من طلاقه لها طلاقاً بائناً رداً لقصده السيء الذي أخفاه في طلاقه لها الذي هو مشروع في الظاهر وغير مشروع في الباطن لاقترانه بهذا القصد فيقع الطلاق، ولكن ترث إذا مات في العدة على رأي الحنفية أو إذا مات ولو بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج وهذا مذهب الحنابلة وحتى لو تزوجت على رأي المالكية لأنه قصد حرمانها من الميراث بتوريثها منه بالرغم من

وقوع الفرقة بينهما فلا معنى لاشتراط موته في عدتها أو عدم زواجها بعد مماته لإمكان توريثها[1]

(١) الهداية وفتح القدير، ج٧، ص٨ ـ ١٠، المغني لابن قدامة الحنبلي، ج٦، ص٣٣١ ـ ٣٣٢، المدونة للإمام مالك بن أنس، ج٢، ص١٣٢، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي، ج١، ص٢٧.

القاعدة السَّابعة والسبعون

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه

٢٣٢ـ معنى القاعدة:

أي من سعى في إبطال ما تم إبرامه من جهته فسعيه مردود عليه ولا يؤثر فيما تم، لأن في سعيه الجديد يكون متناقضاً مع ما كان قد أتمه وأنجزه والتناقض يمنع سماع الدعوة.

٢٣٣ ـ أمثلة وفروع للقاعدةِ:

(منها) نصت القاعدة ٧٩ من مجلة الأحكام العدلية «المرء مؤاخذ بإقراره» وأكدت هذا المعنى القاعدة ١٥٨٧ من المجلة جاء فيها: يلزم الرجل بإقراره بموجب المادة ٧٩ وعلى هذا إذا ادعى المقر أنه أخطأ في إقراره فلا يسمع منه ذلك، وكذلك إذا أقر بأن لا حق له في ذمة فلان ثم عاد وادعى أن له في ذمة فلان هذا كذا مبلغ، لا يسمع ادعاؤه إلا إذا أثبت أن هذا الحق ثبت له بعد إقراره.

(ومنها) مبادرة أحد الورثة بقسمة التركة مع بقية الورثة، وبعد تمام القسمة ادعى أن عيناً من أعيانها هي ملك له وأراد إعادة القسمة، لا يقبل ذلك منه فقد نصت المادة ١٦٥٦ من مجلة الأحكام العدلية: البدار ـ أي الإسراع ـ إلى تقسيم التركة إقرار بكون المقسوم مشتركة ومن ثم لو ادعى بعد القسمة بأن المقسوم ملكه كان متناقضاً، مثلاً لو ادعى أحد الورثة بعد تقسيم التركة بأنني كنت اشتريت أحد هذه الأعيان المقسومة من الميت أو كان الميت قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لا تسمع دعواه.

القاعدة الثامنة والسبعون

الحدود تدرأ بالشبهات

٢٣٤ ـ أصل القاعدة:

أصل القاعدة حديث نبوي شريف فقد أخرج الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: «إدرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة» ثم قال الترمذي: وقد روى نحو هذا غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك[(١)]، وأخرج ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: «إدفعوا الحدود ما وجدتم له مخرجاً»[(٢)]

وذكر السيوطي في أشباهه حديثاً نبوياً شريفاً: «إدرؤا الحدود بالشبهات»، أخرجه ابن عدي في جزء له من حديث ابن عباس[(٣)]

٢٣٥ ـ معنى الشبهة:

الشبهة في اللغة تعني الالتباس[(٤)]، وقال الكمال بن همام: الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، وفي المعجم الوسيط الشبهة الالتباس، وفي الشرع ما التبس أمره فلا يعرف أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل[(٥)]، وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: الشبهة تعني وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[(٦)]

---

(١) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ج٤، ص٦٨٦ ـ ٦٨٩.

(٢) سنن ابن ماجه، ج٢، ص٨٥٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٥٩.

(٤) لسان العرب لابن منظور، ج١٧، ص٣٩٨.

(٥) فتح القدير: للكمال بن همام الحنفي، ج٤، ص١٤٤.

(٦) المغني لابن قدامة الحنبلي، ج١، ص١٥٢.

٢٣٦ ـ أنواع الشبهة:

يقسم الحنفية الشبهة إلى شبهة في الفعل، وتسمى شبهة الاشتباه، وإلى شبهة في المحل، فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة فظن غير الدليل دليلاً فلا بد من تحقق هذه الشبهة من الظن، فإن انعدم الظن فلا شبهة أصلاً كظن حل وطء المطلقة ثلاثاً في العدة أو بائناً على مال، فإذا قال الفاعل ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه، وإذا قال علمت أنها حرام علي، وجب الحد[1]، وأما الشبهة في المحل وتسمى أيضاً شبهة الملك، أو الشبه الحكمية ومثاله شبهه الملك بحق الأب إذا سرق من مال ابنه، تعلقاً بالحديث النبوي الشريف، أنت ومالك لأبيك، قال الإمام الكاساني الحنفي: لا قطع على من سرق من ولده لأن له في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام «أنت ومالك لأبيك» فظاهر الإضافة إليه بلام التمليك يقتضي ثبوت الملك له، وهذا يمنع وجوب القطع لأنه يورث شبهة في وجوبه[2].

ويقسم الشافعي الشبهة إلى ثلاثة أنواع[3] شبهة في المحل كوطء الزوجة الحائض فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر زوجته وإذا كان المانع له من قربانها كونها حائضاً فهذا لا ينفي أنها زوجته وهي حلال له وهذا يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يمنع عنه حد الوطء سواء أعتقد بحل الوطء أو حرمته لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن وإنما أساسها حل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه.

والنوع الثاني من الشبهة الشبهة في الفاعل كمن وطء امرأة ظنها زوجته.

والنوع الثالث شبهة في الجهة أي ما اختلف الفقهاء في حله وحرمته كالنكاح بلا ولي أو بلا شهود، وكل نكاح مختلف فيه فلا يعتبر الوطء في هذا

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٤٢.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص٧٠.
(٣) السيوطي: المرجع السابق، ص١٦٠، التشريع الجنائي للشهيد عبد القادر عودة، ص٢١٢ ـ ٢١٣.

النكاح المختلف في جوازه زنا يحد فاعله بل يقوم الخلاف فيه شبهة تمنع الحد عن الفاعل.

٢٣٧ ـ نتائج الأخذ بالقاعدة:

والأخذ بقاعدة: إدرؤا الحدود بالشبهات، سقوط الحد عن الفاعل وقد يعزر الفاعل في بعض الحالات كما في سرقة الأب من مال ولده، يسقط عنه حد السرقة ولكنه يعزر ومن يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في المحل ولكنه يعزر وكذا من يأت زوجته وهي حائض.

٢٣٨ ـ من فروع وتطبيقات القاعدة[١]:

(منها) ما ذكرناه من أمثلة في أثناء كلامنا عن الشبهة وأنواعها، (ومنها) سقوط حد القذف يقذف من شهد أربعة بزناها وأربعة أنها عذراء لاحتمال صدق شهود الزنا وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا، وسقط عنها الحد لشبهة البكارة، (ومنها) لو ادعى كون المسروق ملكه، سقط الحد، ولو لم يثبت ادعاؤه، (ومنها) رجوع المقر بالزنا عن إقراره.

٢٣٩ ـ الشبهة في القصاص:

القصاص كالحدود في الدفع بالشبهة، فيسقط بها كما تسقط الحدود بها، فلا قصاص على من ذبح نائماً وادعى أنه ذبحه وهو ميت، وعليه الدية، ولا قصاص بقتل من قال اقتلني فقتله[٢]

---

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص١٦٠، ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٤٢ ـ ١٤٣.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٤٤.

القاعدة التاسعة والسبعون

إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام

٢٤٠ ـ أصل القاعدة:

أورد جماعة حديثاً بلفظ: ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال.

ولكن الحديث لا أصل له أو ضعيف، فقد قال الحافظ أبو الفضل العراقي: لا أصل له وقال السبكي في الاشباه والنظائر، نقلاً عن البيهقي: هو حديث رواه جابر الجعفي، وهو رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود، وهو منقطع، وقال السيوطي وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه، وهو موقوف على ابن مسعود وليس مرفوعاً، ثم قال ابن السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة، قال الجويني: لم يخرج عنها إلا ما ندر[(١)]

٢٤١ ـ أساس القاعدة:

أ ـ من السنة النبوية:

وإذا لم تكن هذه القاعدة بلفظها حديثاً نبوياً صحيحاً، فإنّ هناك جملة من الأحاديث تصلح أن تكون أساساً ومستنداً لهذه القاعدة.

(ومنها) الحديث الذي رواه الإمام مسلم في صحيحة وهو قوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات أو مشبّهات، لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ألا

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص١٣٩.

وإنَّ لكل ملكٍ حمى، ألا وإن حمى الله محارمه»[1] والمشبّهات: جمع مشبه وهو كل ما ليس واضح الحل والحرمة مما تنازعته الأدلة وتجاذبته المعاني فبعضها يعضده دليل الحرام وبعضها يعضده دليل الحلال.

(ومنها) قوله ﷺ: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك.

٢٤٢ ـ

ب ـ ومن الآثار التي تصلح أساساً للقاعدة:

قال عثمان رضي الله عنه لما سئل عن جمع الأختين بملك اليمين قال: أحلتهما آية وحرمتهما آية، والتحريم أحب إلينا[2]، وقال الإمام الزركشي رحمه الله بعد أن ذكر رواية عثمان رضي الله عنه: قال الأئمة وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه[3]

٢٤٣ ـ معنى القاعدة:

هذه القاعدة يشمل حكمها حالتين (الأولى) أن يجتمع الحلال والحرام (والثانية) أن يتقابل الدليلان في حكم المسألة: دليل التحريم ودليل التحليل.

٢٤٤ ـ حكم القاعدة في الحالة الأولى:

(الحالة الأولى) والحكم فيها النظر إلى الأكثر والغالب من الحلال والحرام فيكون حكم الأكثر هو حكم الكل، قال الإمام العز بن عبد السلام[4]

---

(١) أخرجه الإمام مسلم في المساقاة باب أخذ الحلال وترك الشبهات، نقلاً عن الندوي، ص٣٠٩.

(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص١٣٩، ويقصد بالآية التي أحلتها الآية الثالثة من سورة النساء وفيها بيان ما أحله الشرع من النساء ومن ذلك ﴿**أو ما ملكت أيمانكم**﴾ ويشمل الأختين، والآية التي حرمت الجمع بين الأختين هي الآية ٢٣ من سورة النساء وفيها ﴿**وأن تجمعوا بين الأختين**﴾.

(٣) الندوي: المرجع السابق، ص٣١٢.

(٤) قواعد الأحكام العز بن عبد السلام، ج١، ص٧٢ ـ ٧٣.

فإن قيل ما تقولون في معاملة من اعترف بأن أكثر ماله حرام هل تجوز أم لا؟ قلنا إن غلب الحرام عليه بحيث يندر الخلاص منه لم تجز معاملته مثل أن يقر إنسان أن في يده ألف دينار كلها حرام إلا ديناراً واحداً فهذا لا تجوز معاملته بدينار لندرة الوقوع في الحلال، كما لا يجوز الاصطياد إذا اختلطت حمامة برية بألف حمامة بلدية وإن عومل بأكثر من دينار أو اصطياد أكثر من حمامة فلا شك من تحريم ذلك وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة كما لو اختلطت أخته من الرضاع بألف امرأة أجنبية أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية فإن المعاملة صحيحة جائزة لندرة الوقوع في الحرام وكذلك الاصطياد وبين هاتين الرتبتين من قلة الحرام وكثرته مراتب محرمة ومكروهة ومباحة، وضابطها أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام وتخف بكثرة الحلال فاشتباه أحد الدينارين بأخر سبب تحريم بين، واشتباه دينار حلال بألف دينار حرام سبب تحريم بين وبينهما أمور مشتبهات مبنية على قلة الحرام وكثرته بالنسبة إلى الحلال، فكلما كثر الحرام تأكدت الشبهة وكلما قل خفت الشبهة إلى أن يساوي الحلال الحرام فتستوي الشبهة.

٢٤٥ ـ الاحتياط يقضي بتغليب الحرام، وإن لم يكن هو الأكثر:

ومع هذا فإن الحرام وإن لم يبلغ حدّ الغلبة، ولا قريباً منها فإن الاحتياط يقتضي بعدم تناول هذا الخليط ترجيحاً لجانب الحلال احتياطاً، ويؤيد ما نقول الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه ابن ماجه عن عطية السعدي ﷺ أن النبي ﷺ قال: لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به البأس.

وفي حديث أخرجه الترمذي وفيه قوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[(١)]

٢٤٦ ـ حكم القاعدة في الحالة الثانية:

وفي هذه الحالة إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر

---

(١) الندوي: المرجع السابق، ص٣١.

الإباحة قدم دليل التحريم، ومن ثم قال عثمان ﷺ لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين: أحلتهما آية وحرمتهما آية، والتحريم أحب إلينا.

ومن ذلك تعارض حديث: «لك من الحائض ما فوق الإزار». وحديث: «اصنعوا كل شيء إلا النكاح».

فإن الحديث الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة، والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطء فرجح التحريم احتياطاً وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك والشافعي، رحمهم الله تعالى[1]

٢٤٧ ـ أمثلة وفروع للقاعدة[2]:

(منها) لو شارك الكلب المعلم غير المعلم في الصيد حرم ما يقتلانه من صيد، أو شارك كلب مجوسي أو كلب لم يذكر عليه اسم الله عمداً حرم ما يقتلانه من الصيد.

(ومنها) ما لو أسلم على أكثر من أربع زوجات فإنه يحرم عليه الوطء قبل الاختيار.

(ومنها) لو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتياط، والاحتياط الحرمة، بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداء فإنه يحل لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره.

(ومنها) لو اشتبهت محرمة بأجنبيات محصورات لم تحل.

٢٤٨ ـ مستثنيات القاعدة:

(منها) الاجتهاد في الأواني والثياب، والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزناً وكذا إن استويا في الأصح عند الشافعية، بخلاف ما إذا زاد وزناً، ووجه الاجتهاد في الأواني إذا كان الأقل طاهراً عملاً بالأغلب فيهما.

---

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص١٣٩، ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٢١.

(٢) السيوطي، ص١٤٠ ـ ١٤١، ابن نجيم، ص١٢١ ـ ١٢٣.

(ومنها) إذا كان الحرام مستهلكاً فلو أكل المحرم شيئاً قد استهلك فيه الطيب فلا فدية.

(ومنها) إذا اختلط لبن المرأة بماء أو بدواء أو بلبن شاة فالمعتبر الغالب وتثبت الحرمة إذا استويا احتياطاً، واختلف فيما إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى، والصحيح ثبوت الحرمة فيهما من غير اعتبار الغلبة.

(ومنها) إذا كان غالب مال المهدي حلالاً فلا بأس بقبول هديته وأكل ماله ما لم يتبين أنه من حرام، وإن كان غالب ماله حرام لا يقبلها ولا يأكل إلا إذا قال: إنه حلال ورثه أو استقرضه.

(ومنها) إذا غلب على ظنه أن أكثر بياعات أهل السوق لا تخلو عن الفساد فإن كان الغالب هو الحرام تنزه عن شرائه ولكن مع هذا لو اشتراه يطيب له.

(ومنها) معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه لا يحرم في الأصح عند الشافعية، ولكن يكره وكذا الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده.

(ومنها) لو اعتلفت الشاة علفاً حراماً لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع.

(ومنها) لو اختلطت محرمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن.

(ومنها) لو اختلط حمام مملوك بمباح لا ينحصر جاز الصيد، ولو كان المملوك غير محصور في الأصح عند الشافعية.

(ومنها) لو اختلط في البلد حرام لا ينحصر لم يحرم الشراء منه بل يجوز الأخذ منه إلا أن يقترن به علامة على أنه من الحرام.

القاعدة الثمانون

الأصل في الأبضاع التحريم

٢٤٩ ـ معنى القاعدة:

المقصود بالأبضاع: الفروج، وهو جمع بضع وهو الفرج، كناية عن النساء والنكاح، أي إن الأصل في وطء النساء هو الحظر أي التحريم، ولا يباح إلا بعقد النكاح الصحيح أو بملك اليمين، وإنما أبيح بهذين الطريقين أو السببين إبقاءً للنسل أي لبني آدم على نحو يليق بهم، لا كما تتكاثر الحيوانات ويبقى نوعها. من أجل ذلك إذا تعارض في امرأة دليل الحل ودليل الحرمة غلب دليل الحرمة عملاً بالقاعدة التي سبقت وهي إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، ولهذا أيضاً لا يجوز التحري في الفروج، لأنه يجوز في كل ما جاز للضرورة والفروج لا تحل للضرورة[١].

٢٥٠ ـ فروع وتطبيقات للقاعدة:

(ومنها) إذا اختلطت محرمة بنسب أو رضاع بنسوة محصورات، حرم عليه نكاح إِحداهن ما دام لم يتيقن أيتهن هي المحرمة[٢].

(ومنها) من أحد أبويها كتابي والآخر مجوسي، أو وثني، لا يحل نكاحها، ولا ذبيحتها ولو كان الكتابي هو الأب في الأظهر عند الشافعية تغليباً لجانب التحريم ولأن الأصل في الأبضاع التحريم[٣].

(ومنها) لو أن رجلاً له أربع جوار أعتق واحدة منهن ثم نسيها فلم يدرِ

---

(١) ابن نجيم: المرجع السابق، ص٧٥.

(٢) ابن نجيم، ص١٢١، السيوطي: المرجع السابق، ص١٤.

(٣) السيوطي، ص١٤٠.

أيتهن أعتق لم يسعه أن يتحرى للوطء ولا للبيع، وكذلك إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها، وكذلك إن طلقهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة[1]

---

(١) ابن نجيم، ص٧٥.

القاعدة الحادية والثمانون

الأصل في الأشياء الإباحة

٢٥١ ـ معنى القاعدة:

إن القاعدة في الأشياء من جهة الانتفاع بها هي الإباحة أي إباحة الانتفاع لها، وتناولها على الوجه الملائم للانتفاع بها فتشمل القاعدة كل ما لم يرد بشأنه شيء محدد أي دليل خاص به لأن ما جاء فيه دليل شرعي خاص به لا تظهر حاجة بالرجوع إلى هذه القاعدة لمعرفة حكمه.

٢٥٢ ـ أدلة القاعدة:

أولاً: قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[(١)]

وجاء في تفسيرها: ومعنى «لكم» أي خلق من أجلكم وانتفاعكم بما في الأرض من المعادن والنباتات والحيوانات وغيرها، وفيه دليل على أن الأصل في الأشياء المخلوقة الإباحة حتى يقوم دليل يدل على النقل عن هذا الأصل، ولا فرق بين الحيوانات وغيرها، مما ينتفع به من غير ضرر، وفي التأكيد لقوله تعالى: ﴿جَمِيعًا﴾ أقوى دلالة على هذا[(٢)]، وأيضاً فإن هذه الآية مسوقة في عرض الامتنان على العبادة، والامتنان يكون بالجائز المباح لا بالمحظور الحرام.

ثانياً: قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ ٱلْءَايَٰتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٣٢﴾﴾[(٣)]

---

(١) سورة البقرة: الآية ٣١١.

(٢) فتح البيان، ج١، ص١١٩، تفسير القاسمي، ج٢، ص٩٠.

(٣) سورة الأعراف: الآية ٣٢.

وجاء في تفسيرها: قل لهؤلاء المشركين: من حرم زينة الله.

أي من الثياب وسائر ما يتجمل به ﴿ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ في النبات كالقطن والكتان، والحيوان كالحرير والصوف، والمعادن كالدروع، ﴿وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ﴾ أي المستلذات من المآكل والمشارب. وقد دلت الآية على أن الأصل في المطاعم والملابس وأنواع التجملات، الإباحة، لأن الاستفهام في «من» لإنكار تحريمها على وجه بليغ[1].

ثالثاً: جاء في حديث رسول الله ﷺ الذي أخرجه الترمذي والحاكم «الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم» وهو صريح بالعفو عما سكت عنه، والمعفو عنه هو ما لا حرج في فعله وهذا هو المباح، وعلى أن يحمل على المنافع لا على المضار لأن المضار ورد بشأنها ما يدل على تحريمها[2].

٢٥٣ ـ أمثلة وفروع للقاعدة[3]:

(منها) الحيوان المشكل أمره من جهة معرفة حكمه من حيث الحل والحرمة، يعتبر حلالاً أكله كالزرافة مثلاً بناءً على هذه القاعدة.

(ومنها) النبات المجهولة تسميته ولا ضرر في استعماله يحمل على الحل والإباحة.

(ومنها) لو دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك، يحمل على الإباحة.

٢٥٤ ـ فروع أخرى للقاعدة[4]:

أ ـ ويتخرج على هذه القاعدة حل وإباحة كثير من الأطعمة والأشربة من

---

(١) فتح البيان، ج٤، ص٢٢٥، تفسير القاسمي، ج٧، ص٦٧٦٦.
(٢) رفع الحرج، تأليف الدكتور يعقوب عبد الوهاب البا حسين، ص٣٩٨.
(٣) السيوطي، ص٨٣، ابن نجيم، ص٧٤.
(٤) الشيخ محمد صفدي: المرجع السابق، ص٣٩٧.

النباتات والفواكه التي ترد إلينا من مختلف البلدان والأقطار ولا نعرف أسماءها ولم يثبت ضررها وفيها نفع من تناولها.

ب ـ ويتخرج على هذه القاعدة أيضاً كثير من أنواع الفرش والأثاث والأدوات المستحدثة التي لا تندرج تحت نهي شرعي فإنها تعتبر مباحة.

جـ ـ ويتخرج على هذه القاعدة العقود والتصرفات التي لم يرد نص صريح بجوازها ولا بتحريمها، وليس فيها شبهة الربا والضرر، فإنها تعتبر مباحة عملاً بهذه القاعدة، الأصل في الأشياء الإباحة.

القاعدة الثانية والثمانون

ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب

٢٥٥ ـ التمهيد لبيان معنى القاعدة:

هذه القاعدة من قواعد أصول الفقه، ولها متعلق بالفقه وقواعده، ولذلك يبحثها البعض ضمن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، ولبيان المقصود من هذه القاعدة لا بد من بيان ما يلي:

من المعلوم أن (الأمر) يفيد الوجوب أي إيجاد الفعل المأمور به على وجه الحتم والإلزام، وصيرورة هذا الفعل واجباً في حق المخاطب، ولكن إيجاد الفعل المأمور به أي الواجب قد يتوقف على إيجاد شيء آخر، فهل يكون هذا الشيء الآخر واجباً أيضاً بنفس الأمر الأول الذي أثبت أصل الواجب أم لا؟

للجواب على هذا السؤال لا بد من شيء من التفصيل حتى يتبين المقصود من هذه القاعدة فنقول:

٢٥٦ ـ أقسام ما يتوقف عليه إيجاد الواجب:

ما يتوقف عليه إيجاد الواجب قسمان:

(القسم الأول): أن يكون غير مقدور للمكلف مثل الاستطاعة لآداء واجب الحج، فهذا القسم لا يكلف به الإنسان ولا يتناوله الأمر، فلا يجب على المكلف تحصيل الاستطاعة ليؤدي واجب الحج، ولا تحصيل نصاب الزكاة ليؤدي الزكاة، ولا إيجاد عدد المصلين لصحة أداء واجب صلاة الجمعة.

(القسم الثاني): أن يكون الشيء مقدوراً للمكلف، وهذا القسم نوعان:

أ ـ **القسم الأول:** ما ورد في وجوبه أمر خاص به، وهذا لا كلام لنا فيه، ولا يدخل في موضوع القاعدة التي نتكلم عليها، ومن هذا النوع الوضوء للصلاة، فإنه واجب على المكلف ويتوقف عليه أداء واجب الصلاة، ولكن وجوبه ـ أي وجوب الوضوء ـ كان بأمر مستقل لا بالأمر بالصلاة بقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ وهذا الأمر المستقل الذي وجب به الوضوء الذي يتوقف عليه أداء واجب الصلاة هو قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُوا۟ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ﴾(١)

ب ـ **النوع الثاني:** ما يتوقف عليه أداء الواجب ولم يرد بوجوبه أمر خاص به، وهذا النوع هو المقصود بسؤالنا الذي قدمناه، وهذا هو ما أجاب عليه الأصوليون بهذه القاعدة: (ما لَا يتم الواجب إلا به فهو واجب) فما معنى القاعدة؟

٢٥٧ ـ معنى القاعدة مع الأمثلة:

إن ما يتوقف عليه أداء الواجب يكون واجباً بنفس الأمر الذي ثبت به أصل الواجب، والأمثلة على ذلك كثيرة:

(ومنها) الأمر بالحج يقتضي السفر إلى مكة لأداء واجب الحج فيكون هذا السفر واجباً بنفس الأمر بالحج لأن أداء واجب الحج لا يتم إلا بهذا السفر.

(ومنها) والأمر بأداء الصلاة جماعة ـ على قول القائلين ـ بالوجوب لا يتم إلا بالسعي إلى المساجد، فيكون هذا السعي واجباً بنفس الأمر بأداء الصلاة جماعة.

(ومنها) الأمر بإعداد القوة الكافية من قبل الأمة، الثابت بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا۟ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾(٢) لا يتم هذا الواجب إلا بتعلم العلوم

---

(١) سورة المائدة: الآية ٦.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٦٠.

الحديثة التي استحدثت وظهرت وتقدمت في مجال الصناعة والفيزياء والكيمياء وصناعة الأسلحة المختلفة، فيكون تعلم هذه العلوم واجباً كفائياً، بنفس الأمر القاضي بوجوب إعداد القوة الكافية، والأمر بالعدل وإقامته بين الناس يقتضي تعيين القضاة للقيام بواجب إقامة العدل.

فيكون الأمر بالعدل: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾، أمراً بتعيين القضاة للقيام بواجب إقامة العدل بين الناس. ويخلص لنا مما تقدم: أن الأمر بواجب ما، هو أمر أيضاً بالشيء الذي يتوقف عليه أداء هذا الواجب، إذا لم يأتِ بوجوبه أمر خاص به.

القاعدة الثالثة والثمانون

الخروج من الخلاف مستحب

٢٥٨ ـ معنى القاعدة ونطاقها:

إن استحباب الخروج ليست لثبوت سنة خاصة فيه بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعي مطلقاً، فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من العموم واعتماده من الورع المطلوب شرعاً[١]

ويتحقق الخروج المستحب باجتناب ما وقع الخلاف في تحريمه وبفعل ما اختلف في وجوبه، فقد قال الإمام الزركشي في قواعده تحت عنوان (الخلاف) يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه[٢]

٢٥٩ ـ شروط مراعاة الخلاف[٣]:

ويشترط لاستحباب الخروج من الخلاف جملة شروط (منها) أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنة ثابتة ومن ثم سن رفع اليدين في الصلاة ولم يبال برأي من قال بإبطال الصلاة برفع اليدين لأنه ثابت عن النبي ﷺ (ومنها) أن يكون دليل المخالف قوياً، فإن كان واهياً، لم يلتفت إليه، كقول القائل الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه ولا يلتفت إلى من قال بعدم صحة الصوم في السفر مطلقاً، (ومنها) أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر مثل القول بأن فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يراع خلاف أبي حنيفة فيه، لأن من

---

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص١٧٨.
(٢) الندوي: المرجع السابق، ص٣٧٥.
(٣) السيوطي: المرجع السابق، ص١٧٧.

العلماء من لا يجيز الوصول، فالخروج من خلاف أبي حنيفة يوقع في خلاف آخر.

٢٦٠ ـ يستحب ترك المستحب تأليفاً للقلوب:

تأليف القلوب واجتماعها، والخلاص من التنافر والفرقة من الأمور الواجبة، وتحصيلها مقدم على تحصيل المستحبات، وإذا تزاحمت الواجبات والمستحبات روعي الواجب وتحصيله، ولو بترك المستحب، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: ويستحب للرجل أن يقصد إلى تأليف القلوب بترك المستحبات، لأن مصلحة التأليف في الدين أعظم من مصلحة فعل المستحب كما ترك النبي ﷺ تغيير بناء البيت لما رأى في إبقائه من تأليف القلوب، وكما أنكر عبد الله بن مسعود على عثمان بن عفان رضي الله عنه إتمام الصلاة في السفر، ثم صلى خلفه متمماً، وقال «الخلاف شر»(١)

٢٦١ ـ من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

(منها) استحباب الدلك في الطهارة واستيعاب الرأس بالمسح في الوضوء، وترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه، والقصر في سفر يبلغ ثلاثة مراحل وتركه فيما دون ذلك وللملاح الذي يسافر بأهله وأولاده(٢)

(ومنها) يندب الإتيان بالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة وفي الوضوء باعتبار وجوبهما عند الحنفية في غسل الجنابة، ووجوبهما عند الحنابلة في غسل الجنابة والوضوء، وكذلك استحباب الغسل من ولوغ الكلب سبع مرات مراعاة لمذهب الحنابلة، وكذلك التبييت في نية صوم النفل فإن مذهب المالكية وجوبه.

---

(١) القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية، ص٢١.

(٢) الندوي: المرجع السابق، ص٣٧٧.

القاعدة الرابعة والثمانون

الميسور لا يسقط بالمعسور

٢٦٢ ـ أصل القاعدة ومعناها:

تعني هذه القاعدة أن من كلف بشيء من أمور الدين فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه، فلا يسقط عنه ما يقدر عليه بما يعجز عنه لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ . ﴾ ولقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»(١)

وقال غير واحد من العلماء: إن هذا الحديث الشريف، هو أصل هذه القاعدة وأساسها(٢)، وقال ابن حجر الهيثمي رحمه الله، في شرحه لهذا الحديث: وهذا من قواعد الإسلام المهمة، مما أوتيه ﷺ من جوامع الكلم، لأنه يدخل فيه ما لا يحصى من الأحكام(٣)، وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة، هي شواهد ودلائل على هذه القاعدة، بل يعتبر أصلاً وأساساً منها: حديث الإمام البخاري عن عمران بن حصين، وفيه: « . صلِّ قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب. .».

وحديث الإمام البخاري في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان».

٢٦٣ ـ من فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها(٤):

(منها) إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقي جزماً (ومنها)

---

(١) الإمام عز الدين بن عبد السلام: المرجع السابق، ج٢، ص٦٥.
(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص٢٠٣، الندوي: المرجع السابق، ص٣٢١.
(٣) الندوي: المرجع السابق، ص٣٢١.
(٤) السيوطي، ص٢٠٣ ـ ٢٠٤.

القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن جزماً، (ومنها) القادر على بعض الفاتحة يأتي بها بلا خلاف.

(ومنها) إذا كان محدثاً وعليه نجاسة، ولم يجد إلا ما يكفي أحدهما عليه غسل النجاسة قطعاً، (ومنها) لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه القيام بلا خلاف عند الشافعية.

القاعدة الخامسة والثمانون

لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي

٢٦٤ ـ معنى القاعدة:

لا يجوز في حكم الشرع لأحد أن يأخذ مال غيره بلا مبرر شرعي يجيز له الأخذ، وحتى لو أخذه على ظن أنه ملكه وجب عليه رده عيناً إن كان قائماً وإلا فيضمن قيمته إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً، لأن النسيان ليس عذراً في حقوق العباد[1]، هذا وإن السبب الذي يبيح أخذ مال الغير هو ما كان شرعياً في الظاهر والباطن.

أما إذا كان شرعياً في الظاهر فقط، وفي الباطن غير شرعي لأن آخذ مال الغير لا يستحقه في الحقيقة، فهذا لا يجوز له أخذه ديانة وإن حكم له القاضي به لحديث رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم لتختصمون إليَّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها»[2]

٢٦٥ ـ من فروع القاعدة:

أولاً: المادة ٨٩٠ المجلة: يلزم رد المغصوب وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً.

ثانياً: المادة ٨٩١ من المجلة ونصها: كما أن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يضمن أيضاً، فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه، وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله.

---

(١) سليم باز، شرح المجلة، ص٦٢.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٣٩٧.

ثالثاً: الصلح عن دعوى كاذبة على بدل، فإن بدل ذلك الصلح وإن كان يحكم له به ولكن لا يحل له ديانة، ولكن إذا اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى، وإنه لم يكن له على المدعي شيء بطل الصلح ويسترد المدعي عليه بدل الصلح[1]

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٣٩٧.

القاعدة السَّادسة والثمانون

ليس لعرق ظالم حق

٢٦٤ ـ معنى القاعدة مع الأمثلة:

هذه القاعدة بهذا اللفظ جزء من حديث شريف رواه أبو داود والنسائي والترمذي ويحيى بن آدم في كتاب الخراج وأبو عبيدة القاسم بن سلام في كتابه الأموال في بحث إحياء موات الأرض، كما رواه أيضاً أبو يوسف في كتاب الخراج، ونص الحديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»[(١)]

ومعنى العرق الظالم، كما جاء في لسان العرب هو: أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله، ويغرس فيها غرساً غصباً أو يزرع أو يحدث فيها شيئاً يستوجب به الأرض[(٢)]

وعلى هذا فيكون معنى القاعدة: إن الاعتداء على حق الغير لا يكسب المعتدي حقاً فيما اعتدى عليه أرضاً كان ما اعتدى عليه أو غيرها من الأموال.

وأن على المعتدي أن يرد المال الذي تجاوز عليه إلى صاحبه لأنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال الغير بلا سبب شرعي، كما جاء في القاعدة الفقهية.

وإذا ما أحدث فيما غصبه زرعاً أو غرساً أو بناءً، فإن ما أحدثه لا يعطيه حقاً في البقاء في الأرض بأن يمتلكها أو يستأجرها جبراً على صاحبها، لأن العدوان لا يصلح سبباً للتملك الشرعي، وإن عليه إزالة ما أحدثه، وإذا كان قلع المحدثات يضر بالأرض جاز لصاحب الأرض أن يمتلكها مستحقة للقلع.

---

(١) الشيخ محمد صدقي: المرجع السابق، ص٣٧٤.

(٢) الندوي: المرجع السابق، ص٢٧٩.

القاعدة السابعة والثمانون

على اليد ما أخذت حتى تؤديه

٢٦٧ ـ معنى القاعدة:

هذه القاعدة بهذا اللفظ نص حديث نبوي شريف رواه الإمام أحمد في مسنده كما رواه أصحاب السنن الأربعة[١]، ومعناه إن من أخذ شيئاً بغير حق كان ضامناً له إذا هلك لأي سبب كان أي سواء كان هلاكه بتعد منه أو تقصير أو بدونهما، ولا يبرأ من ضمانه حتى يرده إلى صاحبه.

٢٦٨ ـ من فروع القاعدة:

(منها) من أخذ بدل صلح ثم أقر أن لا حق له فيه وجب عليه رد ما أخذه من بدل الصلح لدافعه. (ومنها) لو دفع مالاً لشخص على ظن أنه مدين له ثم تبين له أنه غير مدين فعلى المدفوع له المال رده إلى دافعه. (ومنها) ملتقط اللقطة لتملكها يعتبر غاصباً فيكون ضامناً حتى يؤدي اللقطة لصاحبها، وعليه ضمانها مطلقاً إذا هلكت سواء كان هلاكها بتعد منه أو تقصير أو بدونهما.

(١) الشيخ محمد صدقي: المرجع السابق، ص٣٧٣.

القاعدة الثامنة والثمانون

الإسلام يَجبُّ ما قبله

٢٦٩ ـ معنى القاعدة:

أي أن الكافر إذا أسلم أي تخلى عن الكفر الذي كان فيه واعتنق الإسلام بأن آمن بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبمحمد ﷺ نبياً ورسولاً، فإن هذا منه (يجب) أي يقطع ما كان قد صدر منه قبل إسلامه، وإن كان من شأنه أن يعاقب عليه لو صدر عنه بعد إسلامه، فإن الإسلام يزيله ويجعله كالعدم ويرفع آثاره فلا يحاسب ولا يعاقب عليه.

٢٧٠ ـ أصل هذه القاعدة:

والأصل في هذه القاعدة وأساسها قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[1]، وقد جاء في تفسير هذه الآية: أي قل يا محمد للذين كفروا إن ينتهوا عن الكفر وقتال النبي ﷺ بدخولهم في الإسلام: يغفر لهم ما قد سلف، أي يغفر لهم ما مضى من كفر ومعاصي وعداوة لرسول الله ﷺ، وفي هذه الآية دليل على أن الإسلام يجب ما قبله وتأيدبقول رسول الله ﷺ لعمرو بن العاص في قصة إسلامه: أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله، وهذا حديث أخرجه الإمام أحمد ومسلم عن عمرو بن العاص كما روى الإمام أحمد عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «الإسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها»[2]

---

(١) سورة الأنفال: الآية ٣٨.

(٢) فتح البيان تفسير صديق حسن خان، ج٥، ص١٧٣ ـ ١٧٤، تفسير القاسمي، ج٨، ص٥٥.

٢٧١ ـ نطاق حكم القاعدة:

أقر العلماء بأن نطاق هذه القاعدة هو فيما تعلق بحقوق الله تعالى، وإن سقوط أوزار الكفر باعتناق الإسلام من الأمور المقطوع بها في شرع الإسلام.

ولكن هذه القاعدة لا يسري حكمها إلى حقوق الآدميين لما يترتب عليه من إضرار بهم، والضرر مرفوع في شريعة الإسلام، ومن أصول الإسلام لا ضرر ولا ضرار، ومن أجل ذلك لا ترتفع المسؤولية المالية عن المجنون وغير المميز إذا قام فيهما سبب هذه المسؤولية، وإن كان الإثم مرفوعاً عنهما لعدم أهليتهما للتكليف[١]

٢٧٢ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

لا مسؤولية عليه عما صدر منه من أقوال أو أفعال يرتد بها المسلم كسب الله ورسوله وتمزيق القرآن الكريم، ولا يلزمه قضاء العبادات كالصلاة والصيام التي فاتته ولم يقم بها في حال كفره، ولا زكاة أمواله، وكذلك جرائم الحدود كالزنا وشرب الخمر إذا كان قد ارتكبها قبل إسلامه لا يعاقب عليها بعد إسلامه لأن عقوبتها هي حق الله، وحقوق الله لا يؤاخذ بها بعد إسلامه.

---

(١) الدكتور يعقوب عبد الوهاب: المرجع السابق، ص٤٧٠ ـ ٤٧١.

القاعدة التاسعة والثمانون

الأصل في المضار التحريم

٢٧٣ ـ معنى القاعدة:

المضار جمع المضرة، والمضرة خلاف المنفعة[١] والضرر يعني سوء الحال والنقصان في النفس أو البدن، أو حالة ظاهرة من قلة مال وجاه[٢] وأما التحريم فيراد به طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام[٣]، ومعنى ذلك يحرم على الإنسان إلحاق الضرر بالغير ابتداءً، أو مجالة مجازاة وإنما عليه مراجعة القضاء لرفع الضرر عنه أو تعويضه ولذلك جاءت القاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار» ولأن الضرر إذا وقع يجب أن يزال، كما جاء في القاعدة الفقهية «الضرر يزال».

٢٧٤ ـ أدلة هذه القاعدة من القرآن الكريم:

لقد وردت آيات كثيرة في النهي عن إلحاق الضرر بالغير، أو أن يفعل الإنسان فعلاً ظاهره أنه مشروع وفي حدود ما يملك، ولكنه ممنوع شرعاً إذا كان القصد الإضرار بالغير، قال تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ وقال تعالى بشأن تعسف الرجال استعمال سلطاتهم تجاه زوجاتهم أو المطلقات منهن، قال تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾[٤] وقال تعالي: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾[٥] وجاء في تفسيرها: «ولا تمسكوهن ضراراً» كما كانت

---

(١) مختار الصحاح، ص١٥٩.

(٢) معجم مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني، ص٣٠٢.

(٣) كتابنا الوجيز في أصول الفقه، ص٢٩.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٣١.

تفعل الجاهلية من طلاق المرأة حتى يقرب انقضاء عدتها ثم مراجعتها لا عن حاجة ولا لمحبة ولكن لقصد تطويل العدة وتوسيع مدة الانتظار ضراراً لتعتدوا، أي بقصد الاعتداء منكم عليهن والظلم بهن[1]، وقال تعالى في شأن الوصية والدين: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾[2]

٢٧٥ ـ أدلة القاعدة من السنة النبوية:

(منها) قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف أنه جاء نكرة في سياق النفي فيفيد العموم، والنفي هنا ليس وارداً على الإمكان ولا على الوقوع، لأن كلاً من الضرر والضرار واقع وموجود فلا يصح أن يراد بالنفي الوارد بالحديث نفي إمكانه ولا نفي وقوعه، فيتعين أن يكون المراد: لا يجوز الضرر ولا الضرار في ديننا الإسلامي[3]، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم.

ويكاد شراح الحديث يجمعون على هذا المعنى، قال الزرقاني: وفيه تحريم جميع أنواع الضرر[4]

٢٧٦ ـ فروع القاعدة وأمثلتها:

ما ذكرناه من فروع وأمثلة وتطبيقات لقواعد الضرر ومنها قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة «الضرر يزال» تصلح تلك الفروع والأمثلة، فروعاً وتطبيقات لهذه القاعدة، وكذلك ما ذكرناه من تعارض الإضرار واختيار أقلها ضرراً وأهونها شراً لدفع أكبرها ضرراً، وما ذكرناه من أمثلة هناك تصلح أمثلة أيضاً لهذه القاعدة.

---

(١) تفسير فتح البيان لصديق حسن خان، ج٢، ص٢٨.

(٢) سورة النساء: الآية ١٢.

(٣) الشيخ محمد بخيت في كتابه مسلم الوصول، شرح نهاية الوصول، ج٤، ص٣٥٧، نقلاً عن كتاب رفع الحرج للدكتور يعقوب صادق، ص٤٠٧.

(٤) الدكتور يعقوب: رفع الحرج، ص٤٠٧.

وبناءً على هذه القاعدة يمكن القول أن المطعومات والمشروبات من حيوان أو نبات أو سوائل والتي لم يرد بحكمها نص خاص يبين حكمها من جهة الحل والحرمة، ولكن تلحق ضرراً بمن يتناولها، يمكن للمجتهد أن يقول فيها أنها تخرج من دائرة الحل والإباحة وتقع في دائرة المحظورات لوجود الضرر فيها، وأنها كل ما اشتد ضررها اشتد خطرها شرعاً أي اشتد منعها شرعاً.

وإذا كان ضررها لا يصيب من يتناولها إلا إذا أكثر من استعمالها فإنها تمنع شرعاً أيضاً بناءً على قاعدة أو أصل سد الذرائع. وكذلك إذا ثبت علمياً وطبياً ضرر بعضها كالتدخين ولو كان استعمالها قليلاً فإن جانب الحظر فيها يكون شديداً، وإذا انضم إلى ذلك ملاحظة قاعدة سد الذرائع فإن القول بتحريمها قد يكون من الاجتهاد السائغ المقبول ومن أمثلة ذلك (التبغ) أي التدخين.

القاعدة التسعون

الإيثار في القرب مكروه وفي غيرها محبوب

٢٧٧ ـ معنى القاعدة:

الإيثار تقديم غيرك على نفسك فيما تحتاج أو تنتفع به، فالقاعدة صريحة في أن إيثار المسلم غيره على نفسه فيما هو قربة يثاب عليها عند الله، هذا الإيثار مكروه، وتعليل ذلك أن الغرض من القربات كالعبادات وأسبابها ووسائلها هو تعظيم الرب جل جلاله فمن آثر به فقد ترك إجلال الله تعالى وتعظيمه(١)، ولكن إيثار الغير على ما هو من حظوظ النفس الدنيوية فهذا جائز ومندوب قال تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾(٢)، وجاء في تفسيرها: ويؤثرون على أنفسهم في كل شيء من أسباب المعاش، والإيثار تقديم الغير على النفس في حظوظ الدنيا رغبة في حظوظ الآخرة، ولو كان بهم خصاصة، أي حاجة وفقر(٣)، وفي الآية تصريح بالإيثار في حظوظ النفس والدنيا(٤)

ونقل السيوطي عن القرافي قوله: من دخل عليه وقت الصلاة ومعه ما يكفيه لطهارته وهناك من يحتاجه للطهارة لم يجز له الإيثار، ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته كان له ذلك، وإن خاف فوات مهجته، والفرق أن الحق في الطهارة لله لا يسوغ فيه الإيثار، والحق في حال المخمصة لنفسه فيجوز فيه الإيثار(٥)

---

(١) السيوطي، ص١٥٢.
(٢) تفسير فتح البيان، ج١٤، ص٥٢، والآية في سورة الحشر رقمها ٩.
(٣) تفسير القاسمي، ج١٦، ص١٠١.
(٤) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٢.
(٥) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٣.

٢٧٨ ـ فروع القاعدة وتطبيقاتها[١]:

(منها) قال الإمام عز الدين بن عبد السلام، لا إيثار في القربات، فلا إيثار بماء الطهارة، ولا بستر العورة، ولا بالصف الأول في الصلاة، لأن الغرض بالعبادات التعظيم والإجلال لله تعالى فمن آثر به فقد ترك إجلال الله تعالى وتعظيمه، (ومنها) لو دخل وقت الصلاة ومعه ماء يتوضأ به فوهبه لغيره ليتوضأ به لم يجز لأن الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقربات والعبادات، (ومنها) في الانتظار لصلاة الجمعة في المسجد، لا يقام أحد من مجلس ليجلس في موضعه، فإن قام باختياره لم يكره، فإن انتقل إلى أبعد من الإمام كره، لأنه آثر بالقربة.

٢٧٩ ـ حكم الإيثار بالقربات[٢]:

الإيثار بالقربة إن أدى إلى ترك واجب فهو حرام كالماء لرفع الحدث وستر العورة للصلاة، وإن أدى إلى ترك سنة أو ارتكاب مكروه فمكروه، وإن أدى إلى ارتكاب خلاف الأولى مما ليس فيه نهي مخصوص فخلاف الأولى.

٢٨٠ ـ إشكال على القاعدة وجوابه:

قال الإمام السيوطي بعد أن ذكر فروع القاعدة، المشكل على هذه القاعدة: أن من جاء ولم يجد فرجة في الصف ـ صف جماعة الصلاة ـ فإنه يجر شخصاً بعد الإحرام ويندب للمجرور أن يساعده، فهذا يفوت على نفسه قربة وهو أجر الصف الأول[٣]، ويمكن أن يجاب على هذا الإشكال، بأن المجرور إذا فاتته قربة الصف الأول، فإنه حصل على قربة أخرى هي عدم ترك أخيه المسلم يصلي منفرداً فيقع في النهي الوارد في الحديث النبوي الشريف: «لا صلاة للفذ خلف الصف».

---

(١) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٢.

(٢) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٣، ابن نجيم: المصدر السابق، ص١٣٢.

(٣) السيوطي: المرجع السابق، ص١٥٣.

القاعدة الحادية والتسعون

إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر

٢٨١ ـ معنى القاعدة:

ذكر الإمام القرافي هذه القاعدة بلفظ أخر، إذ قال: الفرق السَّابع والخمسون بين قاعدة تداخل الأسباب، وبين قاعدة تساقطها، ثم بين القرافي رحمه الله تعالى معنى تداخل الأسباب أن يوجد سببان مسببهما واحد فيترتب عليهما مُسبَّب واحد مع أن كل واحد منهما يقتضي مسبباً من ذلك النوع، ومقتضى القياس أن يترتب من ذلك النوع مسببان[١]

٢٨٢ ـ فروع وتطبيقات القاعدة[٢]:

(منها) إذا اجتمع حدث وجنابة، أو جنابة وحيض، كفى الغسل الواحد، فلا حاجة إلى غسلين، ولا إلى وضوء للحدث وغسل للجنابة (ومنها) لو قص المحرم في الحج أظافر يديه ورجليه في مجلس واحد فإنه يجب عليه دم واحد اتفاقاً، وإن كان في مجالس، فكذلك الحكم عند الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وعلى قولهما ـ أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ يجب لكل يد دم ولكل رجل دم إذا حصل ذلك في كل مجلس حتى يجب عليه أربعة دماء إذا وجد في كل مجلس قلم يد أو رجل، فقد جعلناها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق، فإذا اتحد المجلس يعتبر المعنى، وإذا اختلف تعتبر جنايات لكونها أعضاء متباينة (ومنها) لو دخل المسجد وصلى الفرض أو

(١) الفروق للقرافي، ج٢، ص٢٩.

(٢) ابن نجيم: المرجع السابق، ص١٤٨ ـ ١٤٩.

الراتبة دخلت فيه صلاة تحية المسجد، فلا حاجة لها فلا يصليها بعد صلاة الفرض أو الراتبة، لأن المقصود حصل وهو البدء بصلاة قبل الجلوس في المسجد.

(ومنها) لو كان القادم طاف عن فرض أو نذر دخل فيه طواف القدوم ـ أي الطواف حول الكعبة المشرفة ـ بخلاف ما لو طاف للإفاضة لا يدخل فيه طواف الوداع، لأن كل منهما مقصود ومقصودهما مختلف، (ومنها) لو زنى أو شرب خمراً أو سرق مراراً كفى حد واحد سواء كان الأول موجباً لما أوجبه الثاني أو لا (ومنها) لو زنى بكراً ثم ثيباً كفى الرجم (ومنها) لو قذف مراراً واحداً أو جماعة في مجلس أو مجالس كفى حد واحد بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى فإنه يحد ثانياً، ولو زنى وشرب وسرق أقيم الكل لاختلاف الجنس (ومنها) لو وطئ زوجته في نهار رمضان مراراً لم يلزمه في الثانية وما بعده كفارة.

(ومنها) كما جاء في الفروق للقرافي: إذا قطع أطرافه وسرى ذلك لنفسه اكتفى صاحب الشرع بدية واحدة للنفس، مع أن الواجب قبل السراية أكثر من دية واحدة بحسب تعدد العضو المجني عليه، ومع ذلك يسقط الجميع ولا يلزم إلا دية واحدة هي دية النفس[١]

---

(١) الفروق للقرافي، ج٢، ص٣٠.

القاعدة الثانية والتسعون

يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء

٢٨٣ ـ معنى القاعدة:

لما كان البقاء أسهل من الابتداء، كما جاء في القاعدة الفقهية، أي ما يجوز ابتداءً يجوز بقاءً، فهذا يعني أو يترتب عليه ما جاء في المادة التي نحن بصدد شرحها، إذ أن معناها يتسامح ويتساهل في بقاء الشيء أو التصرف بالرغم من فوات ما يشترط في إيجاده في الابتداء.

٢٨٤ ـ فروع وتطبيقات القاعدة[١]:

(منها) لو استخلف القاضي رجلاً مع أن الخليفة الذي عينه لم يأذن له بالاستخلاف لم يجز، ولكن لو حكم من استخلفه القاضي وهو يصلح أن يكون قاضياً، وأجاز القاضي حكمه جاز، (ومنها) أيضاً الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ما لم يأذن له موكله بذلك، ولكن لو باع فضولي عنه فأجاز بيع الفضولي عنه جاز، مع أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

(ومنها) لو اعترفت المرأة بالعدة فإنها تمنع من التزوج، أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فإنها لا يلتفت إلى قولها، ويكون القول قول الزوج، (ومنها) لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح كما لو وطئت بشبهه لا يبطل نكاحها، بخلاف ما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح، (ومنها) لو أبق العبد بعد البيع فإن البيع لا يفسد بخلاف ما لو باعه وهو آبق فإن العقد حينئذ غير صحيح.

(ومنها) لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة كالحصاد

---

(١) سليم باز: المرجع السابق، ص٤٢، الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٣١ ـ ٢٣٢.

والدباس لا يصح، ولو عقد خالياً عن الأجل ثم أجله بعد العقد إلى الحصاد أو الدباس يصح.

(ومنها) أن الزوجة لا تملك حط المهر عن الزوج في ابتداء العقد، فلو عقدت معه النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ووجب المثل، ولو حطت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها وبرئ الزوج عن المهر.

(ومنها) لو عقد المتبايعان البيع ابتداء بغير ثمن فسد البيع، ولو تعاقدا بثمن ثم حط البائع عن المشتري الثمن صح حطه ولم يفسد البيع.

القاعدة الثالثة والتسعون

لا يتم التبرع إلا بالقبض

٢٨٥ ـ معنى القاعدة:

التبرع تمليك الغير مالاً حلالاً بدون عوض فيشمل الهدية والهبة والصدقة، وإنما اشترط لتمام التبرع ونفاذه أن يقبض المتبرع له موضوع التبرع، لأنه لو تم بدون اشتراط القبض، لكان في ذلك خرق لقاعدة مستقرة في الفقه وهي ليس «لأحد أن يدخل شيئاً في ملك آخر بدون رضاه»، أي لا يجوز تمليك شخص شيئاً بدون رضاه، أو يقال لا يدخل شيء في ملك إنسان جبراً عليه سوى الإرث، وأيضاً لو تم عقد التبرع بدون قبض لثبت للمتبرع له مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد التبرع عقد ضمان وهذا لا يجوز، وعليه فإذا لم يتم القبض ومات المتبرع أو المتبرع له بطل التبرع.

٢٨٦ ـ أصل القاعدة وأساسها:

وتجد القاعدة أساساً لها من حيث شرط القبض لتمام التبرع بما رواه الإمام مالك في الموطَّأ بإسناد صحيح عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر قال لها في مرض موته: «إني قد نحلتك نخلاً فلو كنت جذذتيه ـ أي قطعت ثمره ـ احتزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم للوارث»[١]

٢٨٧ ـ شروط صحة القبض:

ويشترط لصحة القبض من قبل المتبرع عليه أن يكون بإذن المالك المتبرع صريحاً نحو إقبضه أو أذنت لك بالقبض، وقد يكون الإذن بالقبض دلالة كأن

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد، ص٢٧٥، شرح العسقلاني على صحيح البخاري، ج٥، ص٢١٥.

يقبض المتبرع عليه العين موضوع التبرع في مجلس العقد ولا ينهاه المتبرع، ويشترط أيضاً أن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره، فلو وهب دابة عليها حمل أو داراً فيها متاع الواهب وسلمها مع الشاغل لم يجز القبض بخلاف متاع المتبرع فإنه لا يمنع صحة القبض.

كما يشترط لصحة القبض أن يكون المقبوض محلاً للقبض، فلو وهب ما في بطن غنمه لم يجز القبض وإن سلطه على قبضه عند الولادة، كما يشترط لصحة القبض أن لا يكون المقبوض متصلاً بغيره اتصال الأجزاء لأنه حينئذ في معنى المشاع، فلو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر أو الشجر دون الثمر وسلمها جميعاً لم يجز القبض، وأخيراً يشترط لصحة القبض أن يكون القابض أهلاً للقبض فلا يجوز قبض المجنون والصغير الذي لا يعقل، إلا أنه يجوز القبض بالنيابة على أن تكون له ولاية على مثل هذا القبض فيقبض للغير وليه أو وصيه[(١)]

٢٨٨ ـ القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق:

القبض السابق لموضوع التبرع ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثل اللاحق أو أقوى منه، أما إذا كان دونه فلا ينوب عنه، فينوب قبض الأمانة مثل الوديعة والعارية عن قبض التبرع لأنه مثله، وكذلك ينوب عنه، قبض الغصب لأنه أقوى منه، إذ هو قبض ضمان، ولا يحتاج في جميع ذلك إلى تجديد القبض بل يعتبر قبضاً بمجرد العقد[(٢)]

٢٨٩ ـ ما يستثنى من القاعدة:

وخرج عن القاعدة المذكورة: (الوصية) فإنها تبرع، ولكنها تتم بدون قبض.

---

(١) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٣٧ ـ ٢٣٨.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٣٨.

القاعدة الرابعة والتسعون

السؤال معاد في الجواب

٢٩٠ ـ معنى القاعدة:

جاءت هذه القاعدة بتمامها في المادة ٦٦ من مجلة الأحكام العدلية ونصها: السؤال معاد في الجواب، ويعني أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به.

كما لو قال لآخر طلقت امرأتك؟ فقال مجيباً: نعم، كان ذلك منه إقرار بما سئل عنه.

٢٩١ ـ من أمثلة القاعدة:

جاء في شرح المجلة لهذه القاعدة: لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً إن المدعي يدعي عليك بألف دينار من أجل كذا، فماذا تجيب؟ فأجاب: نعم، فيكون قد أقر بالألف، وإن أجاب: نعم لا يكون إقراراً إذا قال له الحاكم ألست مديناً بما ادعاه عليك المدعي؟ لأن جواب الاستفهام في النفي بـ(بلى) إثبات، وبـ(نعم) نفي فكأنه قال ليس له عندي، وقيل إن أجاب بـ(نعم) يكون إقراراً أيضاً، لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق اللغة العربية[1]

---

(١) سليم باز، شرح المجلة، ص٤٦.

القاعدة الخامسة والتسعون

الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

٢٩٢ ـ معنى القاعدة[١]:

لما كان الأخرس لا يستطيع التكلم جعلوا إشارته المعهودة أي المعلومة كالبيان باللسان لئلا يحرم من الحقوق المدنية وإنشاء التصرفات القولية المختلفة.

ويشترط أن يكون القاضي عالماً بإشارة الأخرس، حتى يرتب عليها آثارها القانونية إذا كان الأخرس مدعياً أو مدعى عليه، فإن لم يكن عارفاً بها استعلمها ممن يعرفها من أصدقائه، وجيرانه وإخوانه فيترجم له إشارته حتى يحيط بها علماً، وينبغي أن يكون المترجم عدلاً، وتعتبر إشارة الأخرس ولو كان قادراً على الكتابة لأن كلاً منهما حجة معتبرة، هذا وإن إشارة الأخرس قائمة مقام كلامه في جميع العقود والتصرفات ما عدا الحدود والشهادة، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولفظ (الشهادة) لا يتحقق منه، وأما إشارة معتقل اللسان ـ وهو الذي يحتبس لسانه عن الكلام ولا يقدر عليه ـ فلا تعتبر إلا إذا امتدت عقلته، وقدر مدتها بعض فقهاء الحنفية إذا امتدت بسنة.

٢٩٣ ـ كيف يحلف القاضي الأخرس:

وإذا لزم تحليف الأخرس فإن القاضي يقول له في تحليفه: عليك عهد الله وميثاقه أن كان كذا، فإذا أومأ برأسه (نعم) يصير حالفاً، ولا يقول له القاضي في تحليفه: بالله إن كان كذا، لأنه لو أشار برأسه بـ(نعم) يكون مقراً بالله لا حالفاً به[٢]

---

(١) سليم باز: المرجع السابق، ص٤٩.

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص٢٨٧، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص١١٠٧.

٢٩٤ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

أ ـ نصت المادة ١٧٤ من المجلة: ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس.

وأما الإشارة من الناطق فلا ينعقد بها البيع لأن الإشارة لا تعتبر بحقه[١]

ب ـ إقرار الأخرس بإشارته المعهودة معتبرة، أما إقرار الناطق بإشارته فلا عبرة به، مثلاً لو قال واحد للناطق هل لفلان عليك كذا درهم فخفض رأسه فلا يكون إقراراً بذلك الحق.

جـ ـ نصت المادة ١٧٥٢ من المجلة: تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة.

---

(١) رد المحتار لابن عابدين، ج٥، ص٥٨٨، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراعة، ص٦٢ ـ ٦٣.

القاعدة السَّادسة والتسعون

المرء مؤاخذ بإقراره

٢٩٥ ـ تعريف الإقرار وتكييفه:

الإقرار هو الاعتراف، وعند الفقهاء هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر، ولو في المستقبل إلا أنه ليس إخباراً محضاً وإنما هو إخبار من وجه، وإنشاء من وجه وقد يغلب هذا الوجه على ذلك فتترتب آثار معينة على هذا الأساس، ولهذا لو أقرت امرأة بالزوجية لرجل لا مانع من اقترانهما صح هذا الإقرار، وثبتت الزوجية بينهما وترتبت أحكامها وإن لم يوجد شهود وقت الإقرار لأن الإقرار إخبار من وجه كما قلنا وهذا الوجه هو الغالب والمنظور إليه في مثالنا، ولو اعتبرناه إنشاء لما صح، لأن النكاح لا يصح بدون شهود، ولو أقر لوارثه بدين وهو مريض مرض الموت اعتبر تبرعاً فيأخذ حكم الوصية، ولا وصية لوارث، وما ذلك إلا لاعتبار الإقرار هنا إنشاءً ولو كان إخباراً لصح هذا الإقرار.

٢٩٦ ـ الإقرار حجة على المقر(١):

ثبتت حجية الإقرار على المقر بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾(٢) وشهادة الإنسان على نفسه تعني إقراره بالحق الذي عليه لغيره.

ومن السنة النبوية الشريفة أن النبي ﷺ قبل من ماعز والغامدية إقرارهما بالزنا وعاملها بموجب إقرارهما في إقامة الحد عليهما، وقد أجمع أهل العلم

---

(١) المغني، ج٥، ص١٣٧ ـ ١٣٨، الشيخ علي قراعة: المرجع السابق، ص٦٦ ـ ٦٧.

(٢) سورة النساء: الآية ١٣٥.

على أن الإقرار حجة على المقر. وأما العقل، فإن العاقل لا يقر على نفسه بشيء لغيره إلا وهو صادق في إقراره.

٢٩٧ ـ حكم الإقرار:

حكم الإقرار ظهور ثبوت الحق المقر به في ذمة المقر لغيره وليس إثبات هذا الحق بواسطة الإقرار ابتداءً، أي أن الإقرار كشف لنا عن ثبوت الحق في ذمة المقر في الماضي بسبب من الأسباب الشرعية غير الإقرار، كالقرض مثلاً وليس الإقرار هو الذي أثبت هذا الحق للغير، ولهذا فإن هذا الحق يثبت للمقر له من غير حاجة إلى قبول أو تصديق لأن الإقرار إخبار، وهو لا يحتاج في ثبوته إلى تصديق أو قبول، إلا أن الإقرار في حق الرد من المقر له يعتبر إنشاء فيرتد بالرد ويبطل به[1]

٢٩٨ ـ شروط صحة الإقرار[2]:

يشترط في المقر أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير متهم في إقراره، ويشترط في المقر به أن لا يكون محالاً عقلاً ولا شرعاً، فالمحال العقلي كما لو أقر بأن فلاناً أقرضه مائة ريال في اليوم الفلاني، وتبين أن فلاناً هذا قد مات قبل هذا اليوم بزمن بعيد، أو أقر بأنه أب فلان وتبين أن المقر له بالنسب أكبر عمراً من المقر، والمحال شرعاً كما لو مات شخص عن ابن وبنت وأقر الابن بأن الميراث بينهما بالسوية، فهذا إقرار باطل لا يؤاخذ به الابن لمخالفته للشرع.

ويشترط في المقر له أن يكون ممن يثبت له الحق أي أن تكون له أهلية وجوب، فلا يصح الإقرار بدين لبهيمة، كما يشترط في المقر له أن لا يكذب المقر في إقراره، وأن لا يكذب الحاكم المقر في إقراره.

---

(١) الشيخ علي قراعة: المرجع السابق، ص٦٩.

(٢) المغني لابن قدامة الحنبلي، ج٥، ص١٤١، تبصرة الحكام لابن فرحون، ج٢، ص٤٩، الشيخ علي قراعة ص٧٥، سليم باز: المرجع السابق، ص٥٣.

٢٩٩ ـ معنى القاعدة:

وفي ضوء ما ذكرناه عن الإقرار يتضح المعنى المقصود من القاعدة، وهذا المعنى هو أن المقر يؤاخذ بموجب إقراره ويطالب بما أقر به إذا ما توافرت شروط صحة الإقرار.

القاعدة السَّابعة والتسعون

المواعيد بصور التعليق تكون لازمة

٣٠٠ ـ معنى القاعدة:

جاء في المادة ٨٤ من المجلة التي ذكرت فيها هذه القاعدة ما يلي: المواعيد إذا اكتست بصور من التعليق تكون لازمة، مثلاً لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداءالثمن المذكور بناء على وعده المعلق.

وجاء في شرحها: لا يلزم الوفاء بالوعد المجرد فلو أمر رجل غيره بأن يؤدي دينه عنه فوعده المأمور بذلك ثم امتنع من تأدية الدين لا يجبر على الأداء، وكذا لو قال الرجل بع مالك من فلان وأنا أدفع لك الثمن لا يلزمه شيء لأن هذا وعد مجرد، ولكن لو علق بحصول شيء أو عدمه لزم الوفاء بالوعد كما في المثال الوارد في متن المادة لأن المواعيد إذا اكتست صور التعليق تصير لازمة[(١)]

٣٠١ ـ فروع وتطبيقات القاعدة:

أولاً: جاء في المادة ٦٢٣ من المجلة: تصح الكفالة بالوعد المعلق أيضاً مثلاً لو قال: إن لم يعطك فلان دينك فأنا أعطيكه كان ذلك كفالة، فلو طالب الدائن المديون بحقه ولم يعطه كان له أن يطالب الكفيل.

ثانياً: لو قال كفيل النفس: إن لم أوافك بمديونك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه فلم يوافه به لزمه الدين، ومثله ما لو قال للمعير أو المودِع (بالكسر): إن أضاع أو استهلك المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة فأنا أؤدي ضمانها، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان بناءً على وعده المعلق[(٢)]

---

(١) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٥٦.

(٢) سليم رستم باز: المرجع السابق، ص٤٥ ـ ٥٦، الشيخ أحمد الزرقاء، ص٢٦٧.

القاعدة الثامنة والتسعون

الوصف في الحاضر لغو

٣٠٢ ـ معنى القاعدة:

إذا كان موضوع العقد أو التصرف حاضراً أي موجوداً في مجلس العقد ومشاراً إليه، فقد حصل تعريفه بالإشارة إليه بما فيه الكفاية من التعريف، فلا حاجة لتعريفه بالوصف، فإذا عرف به كان هذا الوصف لغواً أي ساقط الاعتبار لأن المقصود من الوصف التعرف وإزالة الاشتباه وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ مما يمكن الحصول عليه بالوصف، فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتباه، ولا يقطعه، وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب ـ أشقر بصفرة ـ حاضر في مجلس العقد وقال في إيجابه: بعتك هذا الفرس الأدهم، فقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم، وأما إذا كان من غير جنسه المذكور في إيجابه فلا عبرة للإشارة بل للتسمية والوصف، كما لو باع فصاً حاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع.

وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ كما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع لازماً بل موقوفاً على رضا المشتري بالبيع.

٣٠٣ ـ فروع القاعدة:

أولاً: المادة ٦٥ من المجلة التي ذكرت فيها القاعدة، ونص هذه المادة: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر، مثلاً لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس فقال في إيجابه بعتك هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم ولو باع فرساً غائباً وذكر أنه

أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع[1]

ثانياً: المادة ٣١٠ من المجلة نصت على أنه: إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان المشتري مخيراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، ويسمى هذا الخيار خيار الوصف.

مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر يخير المشتري، أي إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه.

---

(١) يقول شارح مجلة الأستاذ سليم باز، تعليقاً وتعقيباً على آخر المادة، وهو (والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع) والصواب أنه ينعقد، شرح المجلة للأستاذ سليم باز، ص٤٦.

القاعدة التاسعة والتسعون

للأكثر حكم الكل

٣٠٤ ـ معنى القاعدة:

هذه القاعدة تتفق ومنهج الشريعة الإسلامية في إرادة اليسر بالمكلفين ورفع الحرج عنهم، لأنها تعني أن من يقوم بالأكثر مما كلف به سقط عنه ما كلف به إذا لم يعارضه نص صريح كما في نص صيام شهر رمضان كله فلا يقوم صيام أكثره مقام صيامه كله.

٣٠٥ ـ شيوع القاعدة في مختلف المذاهب:

ويلاحظ أن هذه القاعدة من قواعد الفقه التي لا يختص بها مذهب فقهي معين، فهي قاعدة معترف بها في مختلف المذاهب الإسلامية وذكروها في كثير من الفروع الفقهية واعتمدوا عليها في اجتهاداتهم مما يدل على أصالتها ورسوخها وأنها من أصول الشريعة الإسلامية، قال الإمام النسفي «قيام الأكثر مقام الكل أصل في الشريعة»[١]

٣٠٦ ـ من تطبيقات القاعدة والاحتجاج بها[٢]:

أولاً: قال العلامة تقي الدين الحصني الشافعي في مسألة الحرير للرجال إذا خلط بغيره «إذا ركب (أي الحرير) مع غيره مما يباح استعماله كالكتان وغيره ما حكمه؟ قال: ننظر، إن كان الأغلب الحرير حرم، وإن كان الأغلب غيره حلّ تغليباً لجانب الأكثر إذ الكثرة من أسباب الترجيح.

---

(١) الأستاذ علي أحمد الندوي: المرجع السابق، ص٣٨٠.

(٢) الأستاذ الندوي: المرجع السابق، ص٣٨٢ ـ ٣٨٤.

ثانياً: وقال العلامة البعلي الحنبلي، وهو يشرح بعض القواعد الفقهية «منها الأكل من ماله الحرام، هل يجوز أم لا؟ في المسألة الرابعة أقوال. الثالث منها: إن كان الأكثر هو الحرام حرم وإلا فلا إقامة للأكثر مقام الكل قطع به ابن الجوزي في المنهاج».

ثالثاً: وعن الإمام مالك «من باع نخلاً قد أُبر بعضها ولم يؤبر البعض الآخر حتى باع فإنه ينظر إلى الذي هو أكثر ويجعل القليل تبعاً له».

رابعاً: ومن الإمام قاضي خان الحنفي «الجنب إذا أصيب بجراحه على رأسه وأكثر أعضائه سليم فإنه يدع رأسه ويغسل سائر الأعضاء ويمسح موضع الجراحة لأن للأكثر حكم الكل».

خامساً: وقال الإمام الكاساني في بدائعه في بيان قدر الواجب من العشر في زكاة الزروع «ولو سقي الزرع في بعض السنة سيحا وفي بعضها بآلة يعتبر في ذلك الغالب لأن للأكثر حكم الكل» أي إذا كان الأكثر يسقي سيحاً ففيه العشر وإن كان الأكثر يسقي بآلة ففيه نصف العشر.

سادساً: وقال الكاساني أيضاً في البدائع بشأن الزكاة وشروط التكليف به، فلا تجب الزكاة في مال المجنون جنوناً أصلياً وأما الجنون الطارئ فإن دام سنة كاملة فهو في حكم الأصلي وإن أفاق أكثر السنة وجبت وإلا فلا، وجه هذه الرواية: أنه إذا كان في أكثر السنة مفيقاً فكأنه كان مفيقاً في جميع السنة لأن للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام خصوصاً فيما يحتاط فيه.

القاعدة المئة

المجهول في الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه

٣٠٧ ـ صلة هذه القاعدة بغيرها من القواعد:

هذه القاعدة لها صلة برفع الحرج ودفع المشقة وإرادة الشرع التيسير على المكلفين والمعنى أن الذي نجعله ونعجز عن معرفته أو عن وجوده فهو بمنزلة المعدوم.

٣٠٨ ـ أدلة هذه القاعدة:

ويستدل على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾ ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية توضيحاً وبياناً لاستدلاله بها: تبين الآيتان والحديث النبوي الشريف (إن الله تعالى إذا أمرنا بأمر كان ذلك مشروطاً بالقدرة عليه والتمكن من العمل به، فما عجز عن معرفته أو عن العمل به سقط عنا)(١)

٣٠٩ ـ من فروع هذه القاعدة:

أ ـ «لو مات رجل ولم يعرف له وارث صرف ماله في مصالح المسلمين، وإن كان في نفس الأمر له وارث غير معروف لو تبين لوجب تسليم ماله إليه»(٢)

ب ـ والمال الذي لا نعرف مالكه يسقط عنا وجوب رده إليه فيصرف في

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص٣٢٢، نقلاً عن كتاب القواعد الفقهية، للأستاذ علي الندوي، ص٤٣٢ ـ ٤٣٣.

(٢) المصدر نفسه، ج٢٩، ص٢٦٢، نقلاً عن القاعدة الفقهية، للأستاذ علي الندوي، ص٤٣٣.

مصالح المسلمين، وهذا الأصل عام في كل ما جهل مالكه بحيث تعذر رده إليه كالغصوب والعواري والودائع تصرف هذه الأموال كلها في مصالح المسلمين[1]

(١) المصدر نفسه، ج٢٩، ص٢٦٢، نقلاً عن القاعدة الفقهية، للأستاذ علي الندوي، ص٤٣٣.

فهرس الفقرات ومحتواياتها

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
٨٦) القاعدة من جزئيات (المشقة تجلب التيسير)	٦٦
٨٧) من أمثلة وتطبيقات هذه القاعدة	٦٦
القاعدة الثانية والعشرون: (الضرورات تبيح المحظورات)	٦٧
٨٨) تعريف الضرورات والمحظورات	٦٧
٨٩) معنى القاعدة	٦٧
٩٠) دليل القاعدة	٦٧
٩١) ما تبيحه الضرورات من المحظورات وما لا تبيحه	٦٨
٩٢) أولاً: المحرمات من مطعوم ومشروب	٦٨
٩٣) ثانياً: المحظورات من الأدوية ومستلزمات معالجة المريض	٦٨
٩٤) ثالثاً: إباحة النطق بالكفر عند الاضطرار	٦٩
٩٥) رابعاً: جواز الكذب والحلف عليه للضرورة	٦٩
٩٦) خامساً: أخذ مال الغير للضرورة	٧٠
٩٧) سادساً: الضرورة لا تبيح قتل النفس	٧٠
٩٨) من أمثلة وتطبيقات القاعدة	٧١
٩٩) تقييد الشافعية القاعدة	٧١
١٠٠) رأي ابن نجيم في تقييد الشافعية لهذه القاعدة	٧٢
القاعدة الثالثة والعشرون: (الضرورات تقدر بقدرها)	٧٣
١٠١) معنى القاعدة	٧٣
١٠٢) أمثلة وتطبيقات للقاعدة	٧٣
القاعدة الرابعة والعشرون: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)	٧٥
١٠٣) معنى القاعدة	٧٥
١٠٤) الحاجة العامة والخاصة	٧٥
١٠٥) تطبيقات القاعدة	٧٥
القاعدة الخامسة والعشرون: (ما جاز لعذر بطل بزواله)	٧٧
١٠٦) معنى القاعدة	٧٧
١٠٧) تطبيقات القاعدة	٧٧
القاعدة السادسة والعشرون: (إذا زال المانع عاد الممنوع)	٧٩
١٠٨) علاقة هذه القاعدة بما قبلها	٧٩
١٠٩) معنى القاعدة	٧٩

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
٢٩٤) فروع وتطبيقات القاعدة	٢٠٧
القاعدة السادسة والتسعون: (المرء مؤاخذ بإقراره)	٢٠٨
٣٩٥) تعريف الإقرار وتكييفه	٢٠٨
٢٩٦) الإقرار حجة على المقر	٢٠٨
٢٩٧) حكم الإقرار	٢٠٩
٢٩٨) شروط الإقرار	٢٠٩
٢٩٩) معنى القاعدة	٢١٠
القاعدة السابعة والتسعون: (المواعيد بصور التعليق تكون لازمة)	٢١١
٣٠٠) معنى القاعدة	٢١١
٣٠١) فروع وتطبيقات القاعدة	٢١١
القاعدة الثامنة والتسعون: (الوصف في الحاضر لغو)	٢١٢
٣٠٢) معنى القاعدة	٢١٢
٣٠٣) فروع القاعدة	٢١٢
القاعدة التاسعة والتسعون: (للأكثر حكم الكل)	٢١٤
٣٠٤) معنى القاعدة	٢١٤
٣٠٥) من تطبيقات القاعدة والاحتجاج بها	٢١٤
القاعدة المئة: (المجهول في الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه)	٢١٦
٣٠٧) صلة هذه القاعدة بغيرها من القواعد	٢١٦
٣٠٨) أدلة هذه القاعدة	٢١٦
٣٠٩) من فروع هذه القاعدة	٢١٦
فهرس الفقرات ومحتواياتها	٢١٨